

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

**Volume 21 – Numéro 1**

**Année :** 1990-1991

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13441>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13441>

*Page vide laissée intentionnellement.*

|                                                                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>L'INTERPRÉTATION DU PARTAGE DES COMPÉTENCES À L'HEURE DU LIBRE-ÉCHANGE .....</b>                                                                | <b>1</b>   |
| Par Micheline PATENAUDE                                                                                                                            |            |
| <b>LE CONTRÔLE DE LA COHÉRENCE DÉCISIONNELLE AU SEIN DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS.....</b>                                                         | <b>77</b>  |
| Par Suzanne COMTOIS                                                                                                                                |            |
| <b>ORIGINE ET TRANSFORMATIONS DES INFRACTIONS ET DES PEINES DU CODE CRIMINEL CANADIEN CONCERNANT L'IVRESSE AU VOLANT (1921-1985) .....</b>         | <b>101</b> |
| Par Marcel-Eugène LEBEUF                                                                                                                           |            |
| <b>SHAREHOLDERS' RIGHTS PLANS - THE POISON PILL IN THE U.S. AND CANADA: BACKGROUND AND LEGAL CONSIDERATIONS .....</b>                              | <b>123</b> |
| Par Jean-François BERNIER                                                                                                                          |            |
| <b>LE PROCESSUS DISCIPLINAIRE, LES OBLIGATIONS DU CODE DE DÉONTOLOGIE ET LA PROTECTION DU PUBLIC À LA CORPORATION DES MÉDECINS DU QUÉBEC.....</b>  | <b>219</b> |
| Par Denise MARTIN                                                                                                                                  |            |
| <b>CET OBSCUR OBJET DU DÉSIR.<br/>Présentation de l'avant-projet de loi français relatif aux sciences de la vie et aux droits de l'homme .....</b> | <b>269</b> |
| Par Gérard MÉMETEAU                                                                                                                                |            |
| <b>Chronique de droit de la santé</b>                                                                                                              |            |
| <b>LA LÉGISLATION QUÉBÉCOISE SUR LES MALADIES TRANSMISES SEXUELLEMENT : UN INSTRUMENT BIEN IMPARFAIT? .....</b>                                    | <b>293</b> |
| Par Suzanne NOOTENS                                                                                                                                |            |
| <b>LA COMPÉTENCE ARBITRALE : UNE PLACE AU SOLEIL OU À L'OMBRE DU POUVOIR JUDICIAIRE.....</b>                                                       | <b>303</b> |
| Par Louis MARQUIS                                                                                                                                  |            |
| <b>« DES INSTITUTIONS - BRANCHES ET SOURCES DE DROIT » .....</b>                                                                                   | <b>329</b> |
| Par Marlène MALTAIS                                                                                                                                |            |

*Page vide laissée intentionnellement.*

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'INTERPRÉTATION DU PARTAGE DES COMPÉTENCES À L'HEURE DU  
LIBRE-ÉCHANGE

**Auteur(s) :** Micheline PATENAUDE

**Revue :** RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 1

**Pages :** 1-64

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13432>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13432>

*Page vide laissée intentionnellement.*

# **L'INTERPRETATION DU PARTAGE DES COMPETENCES A L'HEURE DU LIBRE-ECHANGE**

par Micheline PATENAUDE\*

Dans cet article, l'auteur analyse les jugements rendus par la Cour suprême du Canada dans R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd. et General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing. Elle constate que ces décisions s'inscrivent dans un contexte de libre échange et sont de nature à conférer une juridiction beaucoup plus étendue au Parlement fédéral en matière économique.

---

In this article, the author analyses the judgements of the Supreme Court of Canada in R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd. and General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing. She notes that these decisions, which took place in a free trade context, confer upon the federal parliament a much wider jurisdiction in the economic field.

---

\*. Avocate, Barreau du Québec.

## SOMMAIRE

|                                                                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. L'INTERET NATIONAL QUI TRANSFORME DES MATIERES<br>LOCALES EN MATIERES FEDERALES .....                                             | 5  |
| 1.1 Les antécédents de la théorie de l'intérêt national ou de la<br>dimension nationale. ....                                        | 6  |
| 1.2 L'impact de <i>Crown Zellerbach</i> . ....                                                                                       | 14 |
| 2. L'INTERET NATIONAL: UNE DIMENSION DE LA COMPE-<br>TENCE EN MATIERE D'ECHANGES ET DE COMMERCE. .                                   | 25 |
| 2.1 Les antécédents de <i>G.M. c. City National Leasing</i> . ....                                                                   | 26 |
| 2.1.1 La réduction de 91(2) à la réglementation du commerce<br>et des échanges interprovinciaux et internationaux. . .               | 28 |
| 2.1.2 La difficulté d'empiéter de manière à réglementer les<br>aspects locaux des échanges et du commerce en vertu de<br>91(2). .... | 34 |
| 2.2 L'impact de la décision. ....                                                                                                    | 39 |
| 3. LA REEVALUATION DE REGLES D'INTERPRETATION EN<br>MATIERE DE PARTAGE DES COMPETENCES. ....                                         | 51 |
| 3.1 La théorie du double aspect. ....                                                                                                | 52 |
| 3.1.1 Les thèses doctrinales et leur écho dans la jurispru-<br>dence. ....                                                           | 53 |
| 3.1.2 L'arrêt <i>City National Leasing</i> et ses conséquences. . .                                                                  | 63 |
| 3.3 La règle de la prépondérance. ....                                                                                               | 70 |
| CONCLUSION .....                                                                                                                     | 74 |



Ces dernières années, certains se sont inquiétés des difficultés d'application d'un traité de libre-échange entre le Canada et les États-Unis<sup>1</sup>. L'inaptitude du Parlement fédéral à mettre en œuvre au Canada les dispositions d'un traité concernant des matières considérées traditionnellement comme étant de juridiction provinciale<sup>2</sup>, dans la mesure où le traité en cause pouvait comporter de telles matières, et l'interprétation relativement étroite donnée par les tribunaux à la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce<sup>3</sup> pouvaient jusqu'à récemment expliquer ces inquiétudes. Mais la Cour suprême du Canada vient de démontrer une fois de plus son aptitude à adapter la Constitution aux réalités de l'heure. «L'étendue d'un pouvoir législatif et la qualification d'une loi à des fins constitutionnelles», nous rappelait-elle dernièrement<sup>4</sup>, «évoluent avec les années». Elle le prouve dans plusieurs décisions récentes qui accueillent d'une manière positive la suggestion de ceux qui l'invitaient à élargir l'interprétation donnée à certaines dispositions de la Constitution susceptibles de conférer pleine compétence au Parlement fédéral relativement à l'application du traité canado-américain<sup>5</sup>. Elle confirme l'opinion de ceux qui, tout en mettant en doute la nécessité de réévaluer le partage des compétences pour justifier l'élargissement des pouvoirs fédéraux en matière économique et l'opportunité de voir les tribunaux, à cet égard, jouer un rôle déterminant, prévoyaient néanmoins qu'elle s'attribuerait une telle fonction<sup>6</sup>.

- 
1. J.D. WHYTE, «Federal Powers over the Economy: Finding New Jurisdictional Room», (1987-88) 13 Can. Bus. L.J. 257; P.J. DAVIDSON, «Uniformity in International Trade Law: The Constitutional Obstacle», (1988) 11 Dalhousie L.J. 677; V. LOUNGNARATH, «La participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis», (1987) 4 R.Q.D.I. 9; A.L.C. DE MESTRAL, «L'évolution des rapports entre le droit canadien et le droit international un demi-siècle après l'affaire des conventions internationales de travail», (1987) 25 A.C.D.I. 301; D.A. SOBERMAN, «Free Movement of Goods in Canada and the United States», (1988) 29 C. de D. 291.
  2. A.-G. Canada c. A.-G. Ontario (Affaire des conventions sur le travail), (1937) A.C. 326.
  3. Art. 91(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3 (ci-après Loi constitutionnelle de 1867).
  4. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Clark, (1988) 2 R.C.S. 680, 703.
  5. J.D. WHITE, supra, note 1; A.L.C. DE MESTRAL, supra, note 1, p. 321-323.
  6. I. BERNIER, «Comments on John Whyte's Paper», (1987-88) 13 Can. Bus. J.J. 303; W. GROVER, «Comments on John Whyte's Paper», (1987-88) 13 Can. Bus. L.J. 308; I. BERNIER et A. BINETTE, Les provinces canadiennes et le commerce international. Dynamique économique et ajustement juridique, Centre québécois de relations internationales, l'Institut de recherches politiques, 1988, pp. 156-164.

L'orientation que prend la Cour suprême risque cependant, sinon de soulever les passions en raison du peu d'attention qu'y porte le grand public<sup>7</sup>, du moins de modifier de façon importante le paysage politique canadien. Les éléments de cette orientation: l'élasticité de la notion d'entreprise fédérale, la revalorisation du pouvoir d'incorporer des compagnies ayant des objets autres que provinciaux, l'intérêt national qui transforme des matières locales en matières fédérales et qui devient une dimension de la compétence en matière d'échanges et de commerce, la réévaluation de règles d'interprétation en matière de partage des compétences. Tout cela indique bien que le Canada est entré dans une nouvelle ère constitutionnelle.

Nous ne traiterons pas ici de la question des compagnies et des entreprises fédérales que des décisions récentes de la Cour suprême remettent à l'honneur: *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Bell Canada*<sup>8</sup>, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Clark*<sup>9</sup>, *P.G. Québec c. Irwin Toy Ltd.*<sup>10</sup> et *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*<sup>11</sup>. Nous réservons ces sujets pour une étude subséquente. Nous analyserons, cependant, chacun des autres éléments que nous avons identifiés comme faisant partie de la nouvelle orientation prise par la Cour à la lumière particulièrement des décisions rendues dans *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*<sup>12</sup> et *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*<sup>13</sup>. Ces décisions sont en mesure de conférer au parlement fédéral un champ beaucoup plus vaste en matière de compétences économiques que celui qu'il occupe déjà.

## 1. L'INTERET NATIONAL QUI TRANSFORME DES MATIERES LOCALES EN MATIERES FEDERALES

Dans un jugement que l'on considérera certainement comme un événement majeur de l'histoire judiciaire de notre Constitution, la Cour suprême décide dans *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.* que la pollution des mers, en raison de ses incidences extraprovinciales et internationales, est une matière qui intéresse le Canada tout entier et qui relève de l'autorité

---

7. Comme le signale H. BRUN, «Les changements constitutionnels opérés par voie judiciaire ont cet inconvénient (ou avantage?) de passer souvent inaperçus». Voir: «De qui relève le commerce intraprovincial?», *Le Soleil*, le 23 juillet 1989, p. B-6.

8. (1988) 1 R.C.S. 749.

9. *Supra*, note 4.

10. (1989) 1 R.C.S. 927.

11. (1989) 2 R.C.S. 225.

12. (1988) 1 R.C.S. 401.

13. (1989) 1 R.C.S. 641.

exclusive du parlement fédéral. Ce pouvoir doit permettre, et c'est là le point saillant de la décision de la Cour, de réglementer les immersions dans les eaux de mer situées à l'intérieur d'une province dont le lit appartient à celle-ci et sur lesquelles elle a le pouvoir de légiférer en vertu de l'article 92(5) de la Loi constitutionnelle de 1867. En l'espèce, elle juge valide sur la base du paragraphe introductif de l'article 91 de cette dernière Loi, l'article 4(1) de la Loi sur l'immersion de déchets en mer<sup>14</sup> qui interdit de procéder à des immersions autrement qu'en conformité d'un permis obtenu du ministre fédéral de l'environnement. Cette disposition doit recevoir application, comme le veut la Loi, dans les eaux de mer situées à l'intérieur comme à l'extérieur d'une province, et cela indépendamment de la question de savoir si les immersions de substances à l'intérieur d'une province polluent des eaux à l'extérieur de celle-ci. Accusée d'avoir contrevenu à cet article 4(1), la compagnie Crown Zellerbach est reconnue coupable en dépit du fait qu'elle procédait à du dragage dans les eaux du détroit de Johnstone en Colombie-Britannique, à un endroit situé à plus de 100 km des eaux extraprovinciales et qu'aucune preuve n'établissait qu'il y avait eu dispersion de résidus de bois ayant un effet quelconque sur la navigation et sur la faune ou la flore marines.

Les arguments fondés essentiellement sur les compétences fédérales en matière de pêcheries et de navigation<sup>15</sup> ne sont pas retenus par la Cour pour légitimer l'article 4(1) à l'égard de l'immersion de substances dans les eaux provinciales. En effet, dans la mesure où la Loi interdit d'une manière générale toute immersion sans tenir compte du préjudice réel ou éventuel que peuvent subir les pêcheries ou la navigation, la décision qu'elle a rendue dans l'arrêt *Fowler c. R.*<sup>16</sup> empêche que l'on puisse considérer la disposition comme valide sur la base de cette argumentation.

C'est donc sur la base de la théorie dite de l'intérêt national fondée elle-même sur une interprétation du paragraphe introductif de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 que le juge Le Dain, au nom d'une majorité de quatre juges, décide que la disposition en cause relève de la juridiction exclusive du Parlement fédéral. Le juge La Forest, appuyé des juges Beetz

---

14. S.C. 1974-75-76, c. 55.

15. Art. 91(12) et 91(10) de la Loi constitutionnelle de 1867.

16. (1980) 2 R.C.S. 213. Dans cette affaire, on avait jugé invalide l'art. 33(3) de la Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, c. F-14, qui interdisait, notamment, l'abattage ou la coupe de bois dans une eau fréquentée par le poisson ou qui se déversait dans cette eau. La compétence sur les pêcheries permettait certes au Parlement fédéral d'édicter des normes environnementales de nature à protéger le poisson. Mais la disposition en cause, a-t-on considéré, ne traitait pas directement de pêcheries. Elle cherchait plutôt à réglementer certaines activités non parce qu'elles avaient des conséquences nuisibles sur le poisson mais parce qu'elles pouvaient en avoir.

et Lamer, enregistre néanmoins une forte dissidence. Mais pour bien comprendre la portée du jugement, il convient de rappeler les antécédents de la théorie de l'intérêt national ou de la dimension nationale que ressuscite la Cour suprême dans *Crown Zellerbach* avant d'analyser l'impact que peut avoir ce jugement, en particulier à l'égard du traité de libre-échange.

### 1.1 Les antécédents de la théorie de l'intérêt national ou de la dimension nationale.

Quand le Conseil privé jugea valide au siècle dernier, dans l'affaire *Russel c. R.*<sup>17</sup>, l'Acte de tempérance du Canada (1878)<sup>18</sup> qui prohibait la vente d'alcool dans les municipalités où une majorité de citoyens avait voté en faveur de cette prohibition, selon une procédure prévue dans la Loi elle-même, il venait de jeter les bases de la théorie de la dimension nationale qui serait élaborée plus tard. La décision pouvait surprendre. Le Conseil privé avait jugé auparavant, dans *The Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons*<sup>19</sup>, que le pouvoir de légiférer à l'égard d'un particulier à l'intérieur d'une province, celui des assurances en l'occurrence, relevait de l'autorité des provinces en vertu de l'article 92(13) de la Loi constitutionnelle de 1867. Mais sans référer au paragraphe introductif de l'article 91 qui donne au Parlement fédéral le pouvoir de légiférer «pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada», ni à aucune compétence énumérée dans cette disposition, la Cour rejeta dans *Russell* l'idée que la Loi en cause pouvait relever, comme dans *Parsons*, d'une catégorie de sujets énumérés à l'article 92. Elle justifia sa décision en déclarant<sup>20</sup>:

«The declared object of Parliament in passing the Act is that there should be uniform legislation in all the provinces respecting the traffic in intoxicating liquors, with a view to promote temperance in the Dominion [...] The present legislation is clearly meant to apply a remedy to an evil which is assumed to exist throughout the Dominion, and the local option, as it is called, no more localises the subject and scope of the Act than a provision in a Act for the prevention of contagious diseases in cattle that a public officer should proclaim in what districts it should come in effect, should make the statute itself a mere local law for each of theses districts.»

---

17. (1881-1882) 7 A.C. 829.

18. S.C. 1878, c. 16.

19. (1881-1882) 7 A.C. 96.

20. *Supra*, note 17, pp. 841-842.

Russell n'empêchera pas le Conseil privé par la suite de juger valides, en vertu de la théorie du double aspect, des lois provinciales visant à réglementer ou à prohiber la vente de l'alcool<sup>21</sup>. On tentera d'expliquer Russell en soulignant que dans cette cause ni le procureur général du Canada, ni aucun procureur général d'une province n'avaient fait de représentations<sup>22</sup>. On verra dans la situation d'urgence qui pouvait exister à l'époque de Russell un motif de la décision rendue dans cet arrêt<sup>23</sup>. Cependant, quand on demandera au Conseil privé plus de soixante ans plus tard de considérer invalide l'Acte de tempérance du Canada<sup>24</sup> non substantiellement modifié depuis Russell, en prétendant que la situation d'urgence qui prévalait alors n'existait plus, le Conseil privé repoussera cet argument en affirmant<sup>25</sup>:

«In their Lordship's opinion, the true test must be found in the real subject matter of the legislation: if it is such that it goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole (as for example, in the Aeronautics case and the Radio case), then it will fall within the competence of the Dominion Parliament as a matter affecting the peace, order and good government of Canada, though it may in another aspect touch on matters specially reserved to the provincial legislatures. War and pestilence, no doubt, are instances; so, too, may be the drink or drug traffic, or the carrying of arms [...] Accordingly, in the opinion of their Lordships, the decision (Russell) must be regarded as firmly embedded in the constitutional law of Canada, and it is impossible now to depart from it.»

Ainsi, on ne pouvait plus justifier l'arrêt Russell uniquement par l'urgence qu'il y avait, à l'époque, de remédier à un mal répandu au sein de la population canadienne. Certes, une situation d'urgence comme la guerre autorisait le Parlement fédéral, sur la base du paragraphe introductif de l'article 91, à légiférer sur des matières locales normalement de juridiction provinciale et cela, pour la durée temporaire de l'urgence<sup>26</sup>. Mais on devait attribuer aussi au fédéral toujours en vertu de ce paragraphe introductif de

---

21. Hodge c. R., (1883-1884) 9 A.C. 117; A.-G. Ontario c. A.-G. Canada (Affaire des prohibitions), (1896) A.C. 348.

22. L'Affaire des prohibitions locales, id., p. 362.

23. In Re the Board of Commerce Act, 1919, (1922) 1 A.C. 191, p. 197; Toronto Electric Commissioners c. Snider, (1925) A.C. 396, p. 411.

24. S.R.C. 1927, c. 196.

25. A.-G. Ontario c. Canada Temperance Federation, (1946) A.C. 193, pp. 205-206.

26. Fort Frances Pulp & Power Co. c. Manitoba Free Press Co., (1923) A.C. 695; Co-operative Committee on Japanese Canadians c. A.-G. Canada, (1947) A.C. 87.

l'article 91, des matières qui, en raison de leur importance pour le Canada tout entier, revêtaient une dimension nationale. On avait du reste, dans Parsons même, reconnu au Parlement fédéral, en vertu de son pouvoir général, le droit d'incorporer des compagnies pour des objets autres que provinciaux; cette compétence étant exclue de la juridiction des provinces selon les termes de l'article 92(11) de la Loi constitutionnelle de 1867. C'est encore en vertu de ce même pouvoir qu'on avait attribué au fédéral juridiction en matière de radiodiffusion<sup>27</sup>, d'aéronautique<sup>28</sup>. La Cour suprême elle-même, plus tard, se fondera sur ce pouvoir général pour justifier la compétence du fédéral à l'égard de la propriété des mines au large des côtes de Terre-Neuve et de la Colombie-Britannique<sup>29</sup>, à l'égard des dépôts en eau douce ayant un effet polluant à l'extérieur d'une province<sup>30</sup> et à l'égard de matières telles la capitale nationale<sup>31</sup>, les langues officielles<sup>32</sup>, la câblodistribution<sup>33</sup> et les stupéfiants<sup>34</sup>.

Entre temps s'élaboraient dans la doctrine des théories tentant d'expliquer le paragraphe introductif de l'article 91 et la jurisprudence qu'il avait suscitée. Certains, dont le professeur Laskin, très critiques à l'endroit du Conseil privé qui avait, selon eux, élargi démesurément les pouvoirs provinciaux, préconisaient en s'appuyant sur l'arrêt Russell une interprétation large de cette disposition. Celle-ci devait être de nature à favoriser l'attribution au fédéral de matières qui, bien que considérées normalement comme rattachées à des domaines de compétence provinciale, présentaient un caractère qui dépassait les limites d'une province<sup>35</sup>. C'est

- 
27. In *Re the Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, (1932) A.C. 304.  
28. *Re the Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, (1932) A.C. 54. Voir aussi la décision rendue plus tard par la Cour suprême dans *Johannesson c. The Rural Municipality of West St. Paul*, (1952) 1 R.C.S. 292.  
29. *Re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, (1967) R.C.S. 792; Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve, (1984) 1 R.C.S. 86.  
30. *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. R.*, (1976) 1 R.C.S. 477.  
31. *Munro c. National Capital Commission*, (1966) R.C.S. 663.  
32. *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182.  
33. *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la radio-télévision canadienne*, (1978) 2 R.C.S. 141; *Régie des services publics c. Dionne*, (1978) 2 R.C.S. 191.  
34. *R. c. Hauser*, (1979) 1 R.C.S. 984. Pour une revue de cette jurisprudence, voir D. GIBSON, «Measuring "National Dimensions"», (1976) 7 Man. L.J. 15.  
35. W.P.M. KENNEDY, «The Interpretation of the British North America Act», (1942-1944) 8 Cambridge L.J. 146; B. LASKIN, «"Peace, Order and Good Government" Re-Examined», (1947) 25 R. du Bar. Can. 1054; V.C. MacDONALD, «The Constitution in a Changing World», (1948) 26 R. du B. Can. 21; A.S. ABEL, «What Peace, Order and Good Government?», (1968) 7 West Ont. L. Rev. 1; A.S. ABEL, «The Neglected Logic of 91 and 92», (1969) 19 U. of Toronto L.J. 487.

ainsi que le juge Le Dain qui rédige le jugement majoritaire dans *Crown Zellerbach* écrivait à l'époque où il était lui-même professeur<sup>36</sup>:

«It is possible to invent such matters by applying new names to old legislative purposes. There is an increasing tendency to sum up a wide variety of legislative purposes in single, comprehensive designations. Control of inflation, environmental protection, and preservation of the national identity or independence are examples».

D'autres dont Louis-Philippe Pigeon et Jean Beetz, satisfaits du travail accompli par le Conseil privé, favorisaient une approche plus conforme au respect du fédéralisme<sup>37</sup>. Le paragraphe introductif de l'article 91, selon cette position, ne devait servir qu'à conférer au fédéral des matières qu'on ne pouvait rattacher à des compétences énumérées à l'article 92 et qui clairement avaient une envergure et une importance nationale. Le désir d'uniformiser le droit à travers le Canada sur un sujet donné ne devait pas justifier l'attribution au fédéral de compétences provinciales.

Les deux thèses devaient s'affronter en Cour suprême après que les anciens professeurs Laskin, Pigeon et Beetz y eurent été nommés juges. Elles donnèrent lieu à l'importante décision de la Cour dans *Re Loi anti-inflation*<sup>38</sup>. La loi fédérale en cause<sup>39</sup> qui comportait manifestement des dispositions qui relevaient de la compétence des provinces en ce qu'elle prévoyait des mesures visant le contrôle des salaires et des prix à tous les niveaux (y compris les salaires et les prix qui relevaient des autorités provinciales) fut jugée valide sur la base du pouvoir fédéral général et en raison de l'urgence qui obligeait le parlement fédéral à contrer l'inflation. Une majorité de cinq juges dont le juge Pigeon, sous la plume du juge Beetz, rejeta cependant l'idée que la Loi pouvait se justifier en vertu de la doctrine de la dimension nationale. Référant aux décisions qui avaient attribué au Parlement fédéral cette juridiction dans des domaines comme l'aéronautique, la radiodiffusion, la capitale nationale, le juge Beetz déclara<sup>40</sup>: «(Ce) sont des cas clairs de sujets distincts qui ne se rattachent à

36. «Sir Lyman Duff and the Constitution», (1974) 12 *lsgood eall qdʒo dʒəɟɛf pʒəhəʒ*  
ques italiques sont de nousʒ

37. L.-P. PIGEON, «The Meaning of Provincial Autonomy», (1951) 29 R. du B. Can. 1126; J. BEETZ, «Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867», dans *L'avenir du fédéralisme canadien*, éd. par P.-A. CREPEAU et C.B. MacPHERSON, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1965, p. 113; W.R. LEDERMAN, «Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation», (1975) 53 R. du B. Can 597; D. GIBSON, *supra*, note 34, p. 36-37.

38. (1976) 2 R.C.S. 373.

39. S.C. 1975, c. 75.

40. *Supra*, note 38, p. 457.

aucun des paragraphes de l'art. 92 et qui, de par leur nature, sont d'intérêt national». Et il ajouta<sup>41</sup>:

«Ces arrêts ont eu pour effet d'ajouter par voie jurisprudentielle de nouvelles matières ou de nouvelles catégories de matières à la liste des pouvoirs fédéraux spécifiques. Cependant la jurisprudence n'en a ainsi décidé que dans des cas où la nouvelle matière n'était pas un agrégat mais présentait un degré d'unité qui la rendait indivisible, une identité qui la rendait distincte des matières provinciales et une consistance suffisante pour retenir les limites d'une forme.»

Le juge Beetz rejetait donc ainsi l'arrêt *Russell* qui lui apparaissait inconciliable avec d'autres décisions du Conseil privé et tenta d'expliquer l'interprétation que ce dernier en avait donné soixante ans après par le fait qu'il s'était senti obligé, de son propre aveu et sans vouloir formuler une doctrine constitutionnelle<sup>42</sup>, d'appliquer une loi qui avait été en vigueur durant une longue période de temps à bien des endroits<sup>43</sup>. Le juge Beetz rejetait aussi l'idée que l'inflation puisse constituer une matière pouvant faire l'objet d'une attribution spécifique.

Les quatre juges de la minorité toutefois, s'exprimant par l'entremise du juge Laskin appuyer entre autres par le juge Dickson, affirmèrent qu'il fallait considérer une «constitution appelée à répondre aux besoins du Canada dans les années à venir comme un instrument flexible susceptible de s'adapter à un monde en évolution»<sup>44</sup>. Sans aller jusqu'à cautionner clairement la doctrine de la dimension nationale et tout en affirmant qu'il fallait «considérer comme un facteur important de l'arrêt *Russell* le fait que la loi contestée se rattachait dans une certaine mesure à l'un des pouvoirs énumérés du Parlement fédéral, savoir, le droit criminel»<sup>45</sup>, le juge Laskin estima néanmoins qu'il fallait se garder «autant d'une interprétation large et illimitée de l'étendue du pouvoir général que d'une interprétation rigide qui empêcherait d'y avoir recours dans des circonstances actuellement imprévisibles»<sup>46</sup>.

Plusieurs reprochèrent à la Cour d'avoir vu dans les circonstances en l'espèce une situation d'urgence qui légitimait l'intervention du fédéral dans des domaines de juridiction provinciale. Sur ce point, d'ailleurs, les juges

---

41. *Id.* p. 458.

42. *Supra*, note 25, p. 206.

43. *Supra*, note 38, p. 456-457.

44. *Id.*, p. 412.

45. *Id.*, p. 398.

46. *Id.*, p. 412.



Beetz et De Grandpré furent dissidents. Mais les précisions que le juge Beetz apportait au sujet de l'interprétation qu'il fallait donner au paragraphe introductif de l'article 91 furent en général bien accueillies. Elles clarifiaient la situation et se montraient respectueuses du régime fédéral<sup>47</sup>. Ainsi, après la décision dans *Re Loi anti-inflation* et malgré certains *obiter dicta* pouvant laisser croire que la théorie de la dimension nationale subsistait toujours<sup>48</sup>, il était reconnu que le pouvoir général du fédéral de légiférer pouvait s'exercer sur des matières locales, de juridiction provinciale, en situation d'urgence et d'une manière temporaire. Il pouvait s'exercer aussi sur des matières nouvelles et bien circonscrites qui, en raison de leur importance et de leur caractère national, ne pouvaient être rattachées à aucune des matières attribuées spécifiquement aux provinces<sup>49</sup>.

Voilà maintenant que la décision récente de la Cour suprême dans *Crown Zellerbach* vient redonner vie à la théorie de l'intérêt national ou de la dimension nationale. Quatre juges renversent l'opinion des cinq juges de la majorité sur cette question dans *Re Loi anti-inflation*. Le juge Le Dain exprime ainsi l'opinion qui est maintenant, semble-t-il, celle de la Cour<sup>50</sup>:

---

47. F. CHEVRETTE et H. MARX, «Anti-inflation Act - Constitutionality - National Emergency - Peace, Order and Good Government Buried», (1976) 54 *R. du B. Can.* 732; J.A. MACKENZIE, «The Anti-Inflation Act and Peace, Order and Good Government», (1977) 9 *Ottawa L. Rev.* 169; N. LYON, «The Anti-Inflation Act Reference: Two Models of Canadian Federalism», (1977) 9 *Ottawa L. Rev.*; R.B. BUGLASS, «The Use of Extrinsic Evidence and the Anti-Inflation Act Reference», (1977) 9 *Ottawa L. Rev.* 183; P. PATENAUDE, «The Anti-Inflation Case: the shutters are closed but the back door is wide open», (1977) 15 *Osgoode Hall L.J.* 397; F. CHEVRETTE, «Le fédéralisme gagne-t-il sa cause devant la Cour suprême d'aujourd'hui?» dans *La Cour suprême du Canada*, Actes de la Conférence d'octobre 1985, éd. par G.A. BEAUDOIN, Cowansville, Les Editions Yvon Blais, 1986, p. 35, 43-44. Voir aussi dans ce dernier ouvrage, Y. DE MONTIGNY, «La Cour suprême du Canada et le partage des pouvoirs», p. 77, 81-82.

48. Dans *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. P.G. Canada*, (1980) 1 R.C.S. 914, p. 944-945, le juge Estey donne du pouvoir résiduaire du Parlement fédéral une définition qui semble inclure la théorie de la dimension nationale. Par ailleurs, dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, (1982) 1 R.C.S. 1004, p. 1043, trois juges dissidents dont le juge Laskin semblent dire que *Re Loi anti-inflation* n'est pas déterminant sur la question. Ces *obiter dicta* ont fait l'objet de sérieuses critiques: J.C. MacPHERSON, «Economic Regulation and the British North America Act», (1980-81) 5 *Can. Bus. L.J.* 172, p. 198-199, 202; F. CHEVRETTE, *id.*, p. 48; P.W. HOGG, «Comment on James C. MacPherson's Paper on Economic Regulation and the British North America Act», (1980-81) 5 *Can. Bus. L.J.* 220, 221-222.

49. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Les Editions Yvon Blais, 1982, p. 313-314; F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, les Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 428; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1985, p. 369-395.

50. *Supra*, note 12, p. 432.

«La théorie de l'intérêt national s'applique autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale.

Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution.

Pour décider si une matière atteint le degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière.»

Il est difficile de voir comment le fait de transférer au fédéral une matière qui était considérée comme locale pour le motif qu'elle aurait atteint une dimension nationale puisse être compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs. Quoi qu'il en soit, la cour décide, comme on l'a dit, que la pollution de la mer est une matière qui intéresse le Canada tout entier. Quant à la question du contrôle de la pollution résultant de l'immersion de substances dans les eaux de la mer situées à l'intérieur d'une province, la Cour estime qu'elle doit relever elle aussi du fédéral parce qu'elle constitue, avec celle du contrôle des eaux de la mer à l'extérieur de la province, une matière unique et indivisible, distincte du contrôle de la pollution due à l'immersion de substances dans les eaux douces provinciales.

## 1.2 L'impact de *Crown Zellerbach*.

Au nom de la minorité, le juge La Forest dans *Crown Zellerbach* mesure bien l'ampleur des conséquences qu'il y a à attribuer au fédéral une compétence générale en matière de pollution à l'égard des eaux de mer situées à l'intérieur d'une province. Il rappelle d'abord que le Parlement fédéral possède déjà des pouvoirs étendus en matière de pollution des eaux tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des provinces. En vertu du pouvoir qu'il a de légiférer «pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada», il peut adopter, en situation d'urgence, des mesures appropriées sans égard au partage ordinaire des compétences. Il est le seul, comme en a décidé la Cour

dans *Interprovincial Cooperatives Ltd. c. R.*<sup>51</sup> à pouvoir connaître d'un problème résultant du déversement d'un polluant dans un cours d'eau d'une province ayant eu des effets dommageables dans une autre province<sup>52</sup>. Il est aussi le seul à pouvoir légiférer de manière à contrôler la zone de mer située en dehors des limites d'une province. De plus, les pouvoirs plus spécifiques que l'article 91 lui confère en matière de droit criminel, de navigation et de pêcheries<sup>53</sup> lui réservent une très grande latitude à l'égard du contrôle de la pollution dans les milieux marins. Mais, souligne le juge La Forest, tous ses pouvoirs réunis ne peuvent servir à justifier la disposition contestée qui est une «interdiction générale de déverser *quelque* substance *que ce soit* dans les eaux, peu importe sa nature et sa quantité»<sup>54</sup>. Cette interdiction est telle, précise-t-il, qu'elle empêche virtuellement la province «de disposer à sa guise de certains de ses biens publics, sans le consentement du fédéral» et «constitue essentiellement une tentative inacceptable de contrôler des activités sur un domaine jugé provincial dans le *Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes*»<sup>55</sup>.

Voilà donc la première conséquence de *Crown Zellerbach*. En jugeant qu'une disposition qui prohibe d'une manière générale «tout rejet délibéré de substances» dans les eaux de mer constitue une disposition liée à la lutte contre la pollution, la Cour donne une portée très large au pouvoir de légiférer en cette matière. Et dans la mesure où ce pouvoir peut s'exercer dans des eaux de mer intérieures appartenant aux provinces, il est de nature à mettre en péril l'exercice par celles-ci de leurs droits de propriété et à réduire de façon importante des compétences législatives qu'elles possèdent en vertu des articles 92(5) (terres publiques provinciales), 92(10) (ouvrages et entreprises d'une nature locale), 92(13) (propriété et droits civils) et 92(16) (matières d'une nature locale ou privée) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Car si l'activité de déverser peut être interdite ou soumise à l'obtention d'un permis fédéral au nom de la protection des eaux de mer, sans égard à la nature des déversements et à leur effet dommageable sur des domaines réservés au fédéral comme la navigation ou les pêcheries, bien d'autres activités peuvent également être prohibées ou soumises à certaines conditions par le fédéral. Qu'on pense, par exemple, à l'installation d'ouvrages comme des barrages hydroélectriques. Le Québec serait bien avisé de mesurer l'impact, quant à lui, d'une telle décision sur la juridiction qu'il exerce à l'égard de l'estuaire du St-Laurent qui fait partie du territoire

---

51. *Supra*, note 30.

52. *Re Offshore Mineral Rights of British Columbia et Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, *supra*, note 29.

53. Art. 91(27), 91(10), 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

54. *Supra*, note 12, p. 449.

55. *Id.* p. 458-459.

de la province en vertu de la *Proclamation royale de 1763*<sup>56</sup>. A l'heure où certains considèrent que toute réforme constitutionnelle devrait aller dans le sens d'une certaine augmentation des pouvoirs des provinces en matière de ressources naturelles<sup>57</sup>, *Crown Zellerbach* adopte un point de vue opposé.

C'est en faisant de la pollution des eaux de mer, où qu'elles soient situées, une matière en soi que la Cour en arrive à la conclusion qu'elle doit relever de l'autorité fédérale. Dans *Re Loi anti-inflation*, le juge Beetz avait rejeté l'idée qu'un agrégat tel que l'inflation puisse constituer une matière attribuable au fédéral en vertu de son pouvoir général de légiférer. S'il fallait admettre cela, avait-il précisé, on pourrait dire que «*l'encouragement ou la limitation de la croissance économique, ou la protection de l'environnement*, sont devenus des problèmes nationaux et constituent des matières d'intérêt national transcendant les intérêts provinciaux locaux et relèvent donc de la compétence législative exclusive du Parlement»<sup>58</sup>. Mais dans *Crown Zellerbach*, la Cour suprême fait d'un agrégat d'agréats une matière au nom de l'intérêt national. Elle donne tort à ceux qui croyaient peu probable une remise en question de sa décision dans *Re Loi anti-inflation*<sup>59</sup>. Elle étonne les juristes spécialisés dans le domaine de l'environnement qui croyaient bien limités les pouvoirs du Parlement fédéral en ce domaine<sup>60</sup>.

Le jugement risque d'avoir des répercussions importantes en matière environnementale et ce que la Cour décide pour la pollution des mers pourrait bien valoir aussi pour la pollution des eaux, en général. Car, comme le souligne le juge La Forest, «la ligne de démarcation des eaux salées et des eaux douces ne peut être tracée clairement [...] Et contribuent à la pollution des eaux de la mer de vastes quantités d'effluents qui se déversent ou s'infiltrant partout dans les eaux douces»<sup>61</sup>. Voilà pourquoi, fort du jugement rendu dans *Crown Zellerbach*, le gouvernement fédéral a pu présenter devant la Chambre des communes un projet de loi, adopté subséquemment en première lecture, qui déclare que «le gouverneur en conseil peut prendre des règlements pour encourager le choix d'une approche uniforme pour

---

56. H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 49, p. 118.

57. F. CHEVRETTE, «Les ressources naturelles dans une perspective de changement constitutionnel: le cas du Québec», dans *Energy and the Canadian Federation: Some Economic Aspects of Optional Constitutions*, éd. par J.F. HELLIWELL, Montréal, L'Institut de recherches politiques, 1982, p. 89, 100.

58. *Supra*, note 38, p. 445. C'est nous qui soulignons.

59. P. RUSSELL, «The Anti-Inflation Case: The Anatomy of a Constitutional Decision», dans *Law, Politics and the Judicial Process*, éd. par F.L. MORTON, Calgary, The University of Calgary Press, 1984, p. 236, 258-259.

60. A.R. LUCAS, «R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd*», (1989) 23 *U.B.C.L. Rev.* 355.

61. *Supra*, note 12, p. 457.

l'établissement, à l'échelle du Canada, d'objectifs de qualité des eaux ayant pour objet de préserver la qualité de celles-ci»<sup>62</sup>. Et ce qui est vrai pour la pollution des eaux pourrait l'être aussi pour la pollution de l'air et pour bien d'autres formes de pollution. On pourrait ainsi considérer valide sur la base du paragraphe introductif de l'article 91 le système de réglementation que prévoit la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*<sup>63</sup> concernant les substances toxiques<sup>64</sup>. Le gouvernement canadien s'apprêterait par ailleurs, semble-t-il, à présenter un projet de loi qui viserait à affirmer le leadership fédéral dans le domaine de l'environnement, ce dont s'indigneraient les députés conservateurs nationalistes du Québec<sup>65</sup>. Qu'à cela ne tienne! Il le fera sans doute avec la bénédiction de la Cour suprême. Et à l'encontre de l'opinion de ceux qui croyaient davantage à l'efficacité d'une juridiction partagée en cette matière<sup>66</sup>.

Il faut noter que si les juges dissidents dans *Crown Zellerbach* refusent de faire relever la pollution environnementale exclusivement de la compétence générale du parlement fédéral parce que «ce serait... sacrifier les principes du fédéralisme enchassés dans la Constitution»<sup>67</sup>, ils sont néanmoins prêts à concéder de larges pouvoirs au Parlement fédéral en ce domaine. En témoignent ces propos du juge La Forest où il déclare que l'exercice conjugué de la compétence en droit criminel et du pouvoir en vertu du paragraphe introductif de l'article 91 pourrait permettre au Parlement fédéral d'interdire la pollution des eaux intérieures comme celle des eaux territoriales et des eaux en haute mer. Il semble en outre approuver la décision rendue dans *Re Canada Metal Co. c. R.*<sup>68</sup> où on a jugé valides des dispositions de la *Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*<sup>69</sup> sur la base encore une fois du pouvoir général de l'article 91<sup>70</sup>.

---

62. Projet de Loi C-221 visant la protection des eaux du Canada, adopté en première lecture le 11 avril 1989, art. 13.

63. L.R.C. 1985, ch. 16 (4e suppl.), partie II.

64. A.R. LUCAS, *supra*, note 60, p. 364-366.

65. M. GODIN, «Ottawa empiète de plus en plus dans les pouvoirs provinciaux», *Le Devoir*, samedi, le 13 janvier 1990, p. 1.

66. D. GIBSON, «Environmental Protection and Enhancement under a New Canadian Constitution» dans *Energy and the Canadian Federation: Some Economic Aspects of Optional Constitutions*, éd. par J.F. HELLIWELL, Montréal, L'Institut de recherches politiques, 1982, p. 113, 132, 138. Dans *Le Canada et le nouveau droit international de la mer*, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développements du Canada, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1985, p. 68-69, D.M. JONSTON suggère que la gestion unilatérale maritime des régions extracôtières ou côtières se fasse par la participation conjointe du fédéral et des provinces.

67. *Supra*, note 12, p. 455.

68. (1983) 144 D.L.R. (3d) 124 (B.R. Man.).

69. S.C. 1970-71-72, c. 47.

70. *Supra*, note 12, p. 447.

L'on doit donc conclure de *Crown Zellerbach* que, pour tous les juges de la Cour suprême, le Parlement fédéral a un rôle important à jouer en matière de protection de l'environnement et qu'il a les pouvoirs nécessaires à cette fin. On peut penser en outre que dans un contexte de libre-échange, la Cour serait sensible aux aspects économiques de la lutte contre la pollution, notamment au fait que certaines mesures de protection de l'environnement peuvent constituer des barrières non-tarifaires. Elle pourrait trouver là un motif pour justifier une attribution plus grande de juridiction au Parlement fédéral d'autant plus qu'aux Etats-Unis, le pouvoir de réglementer concernant la pollution est largement monopolisé par le Congrès<sup>71</sup>.

Au-delà des questions environnementales, la théorie de la dimension nationale que ressuscite la majorité dans *Crown Zellerbach* est de nature à ouvrir la porte à la reconnaissance, en faveur du Parlement fédéral d'une juridiction sur divers agrégats de matière même dans leurs aspects locaux. Ce pourrait être le cas de la croissance économique comme le signalait le juge Beetz dans *Re Loi anti-inflation* ou de la préservation de l'identité nationale comme l'affirmait le juge Le Dain du temps qu'il était professeur. Et pourquoi pas de certains aspects du domaine des relations de travail? Dans *Toronto Electric Commissioners c. Snider*<sup>72</sup>, le Conseil privé avait refusé d'appliquer *Russell* pour considérer valide une loi adoptée par le Parlement fédéral qui prévoyait une procédure de règlement des différends industriels entre employeurs et employés. Lord Haldane souligna la difficulté qu'il éprouvait à concilier *Russell* avec d'autres décisions de la Cour et interpréta ce jugement comme une simple décision fondée sur des faits qui révélaient une situation d'urgence sans chercher à établir une règle de droit<sup>73</sup>. Les relations de travail relevaient de la juridiction des provinces comme matière concernant la propriété et les droits civils. On critiqua vivement *Snider*. Le professeur Laskin, notamment, vit dans cet arrêt une manifestation de l'impuissance du paragraphe introductif de l'article 91 devant 92(13) tel qu'interprété par le Conseil privé<sup>74</sup>. Mais ce paragraphe introductif ayant maintenant reçu de la Cour suprême l'interprétation que

---

71. Voir: Environnement Canada, *Développement soutenu*, Mémoire présenté à la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, février 1984, p. 16-18. Voir aussi: J. PIETTE, «La protection de l'environnement au Canada et aux Etats-Unis», (1988) 29 *C. de D.* 425.

72. *Supra*, note 23.

73. *Id.*, p. 410-413.

74. *Supra*, note 35, p. 1076-1078. Voir aussi: F.R. SCOTT, «Federal Jurisdiction Over Labour Relations - A New Look», (1959-60) 6 *McGill L.J.* 153.

suggérerait le professeur Laskin, ne pourrait-il servir à élargir la zone de juridiction du Parlement fédéral au chapitre des relations de travail<sup>75</sup>?

Au surplus, *Crown Zellerbach* pourrait bien constituer un bon pas vers la remise en cause de la décision rendue par le Conseil privé dans *A.-G. Canada c. A.-G. Ontario (Affaire des conventions sur le travail)*<sup>76</sup> au sujet de la juridiction sur la mise en vigueur des traités au Canada. On sait que selon cette dernière décision, le parlement fédéral ne peut légiférer de manière à mettre en oeuvre au Canada les dispositions d'un traité international portant sur des questions de juridiction provinciale. En l'occurrence il s'agissait de questions reliées au domaine des relations de travail. Or, dans *Crown Zellerbach*, le fédéral a fait valoir devant les tribunaux d'instance inférieure que la disposition contestée pouvait être justifiée par son pouvoir de mise à exécution des traités et comme ayant été adoptée pour rendre applicable au Canada la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets*, signée par le Canada le 29 décembre 1972. L'argument a été rejeté en première instance et en Cour d'appel pour le motif que même si l'on pouvait admettre l'existence d'un tel pouvoir, il ne pouvait servir à justifier la disposition contestée compte tenu de la règle établie par le juge Laskin dans *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*<sup>77</sup> à l'effet qu'il devait y avoir dans la Loi une indication suffisamment claire qu'elle avait pour but de mettre à exécution un traité. Or, tel n'était pas le cas.

L'argument n'a pas été repris en Cour suprême. Avec raison, a souligné le juge La Forest, car la Convention ne pouvait justifier une mesure fédérale destinée à s'appliquer aux eaux de mer situées tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du territoire canadien puisqu'elle définissait «la mer» comme étant «toutes les eaux marines à l'exception des eaux intérieures des Etats»<sup>78</sup>. Néanmoins, le juge La Forest n'a pas rejeté l'idée que la disposition contestée aurait pu s'appuyer sur la compétence du Parlement fédéral à mettre en oeuvre un traité si celui en cause avait comporté la nécessité de légiférer à l'égard des eaux intérieures et s'il avait pu justifier la mesure adoptée.

---

75. J BEETZ, *supra*, note 37, p. 132, avait envisagé qu'une interprétation large des pouvoirs fédéraux pouvait conférer juridiction au fédéral sur les relations de travail qui recoupent les frontières provinciales. Voir aussi *Ontario Hydro c. Ontario Labour Relations Board*, (1990) 69 O.R. (2d) 268, 279-280 (Div.C.) où la Cour semble admettre la possibilité que le Parlement fédéral puisse sur la base de *Crown Zellerbach* légiférer de manière à ce que tous les employés engagés dans la production d'électricité à partir de l'énergie nucléaire relèvent de sa juridiction.

76. *Supra*, note 2.

77. (1977) 2 R.C.S. 134, p. 171-172.

78. *Supra*, note 12, p. 443.

En réalité, des indices permettent de croire que la Cour suprême est prête à réexaminer la question de la compétence à l'égard des traités. En rappelant que le Parlement fédéral peut invoquer son pouvoir général pour contrôler la pollution au-delà de ses frontières, le juge La Forest souligne qu'il s'agit là d'un aspect de sa souveraineté internationale reconnue par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*<sup>79</sup>. Or, à ce sujet, il avait écrit alors qu'il était membre de la Commission de réforme du droit du Canada que la jurisprudence en Cour suprême évoluait dans le sens d'une remise en question de l'*Affaire des conventions sur le travail*<sup>80</sup>. Cette affirmation, il l'appuyait en particulier sur le jugement rendu dans *Re Offshore Mineral Rights of British Columbia*<sup>81</sup> auquel il réfère dans *Crown Zellerbach* pour rappeler la compétence fédérale à l'égard des eaux de mer situées en dehors des limites des provinces<sup>82</sup>. Il avait souligné alors le fait qu'on pouvait conclure de ce jugement que la Cour suprême était prête à reconnaître que le gouvernement fédéral était le détenteur des attributs inhérents à la souveraineté en droit international et que les pouvoirs tant exécutifs que législatifs qui découlaient de ce statut devaient lui appartenir<sup>83</sup>. Parmi les activités qu'il identifiait comme faisant partie des attributs de la souveraineté, il retenait: la délimitation du territoire national, les immunités diplomatiques, les traités.

À l'égard des traités, le juge La Forest dans son article rédigé en 1974 rejetait, en raison des critères trop vagues qu'elle établissait l'opinion du professeur Lederman<sup>84</sup> voulant que le fédéral ait un pouvoir concurrent avec les provinces mais prédominant pour mettre en vigueur au Canada des dispositions de traités portant sur des matières de juridiction provinciale mais importantes pour toute la nation. Néanmoins, il admettait que la jurisprudence pouvait évoluer dans le sens d'accorder au fédéral plus de pouvoirs en ce domaine et, sans aller jusqu'à infirmer l'*Affaire sur les conventions du travail*, les tribunaux, croyait-il, en arriveraient au même résultat en élargissant la portée non seulement du pouvoir résiduaire mais de certains pouvoirs spécifiques fédéraux ayant des implications internationales. Il mentionnait, à ce chapitre, le pouvoir sur les échanges et le commerce<sup>85</sup>.

---

79. *Supra*, note 29.

80. G.V. LA FOREST, «The Labour Conventions Case Revisited», (1974) 12 A.C.D.I. 137.

81. *Supra*, note 29. Le juge La Forest se référait également à la décision rendue dans *Francis c. R.*, (1956) R.C.S. 618.

82. *Supra*, note 12, p. 445.

83. *Supra*, note 80, P. 142-145.

84. W.R. LEDERMAN, «Legislative Power to Implement Treaty Obligations in Canada» dans *The Political Process in Canada*, Essays in Honour of R. MacGregor Dawson, éd. par J.A. AITCHISON, University of Toronto Press, Toronto, 1963, p. 171.

85. *Supra*, note 80, p. 149-151.



On voit immédiatement l'impact que peut avoir un jugement comme *Crown Zellerbach* sur le pouvoir de légiférer à l'égard des traités au Canada et plus particulièrement à l'égard du traité de libre-échange canado-américain. Il nous semble évident qu'aux yeux de la majorité dans cette décision, le traité de libre-échange pourrait apparaître comme relevant de l'autorité exclusive du Parlement fédéral en vertu de la théorie de l'intérêt national ou de la dimension nationale parce qu'il mettrait en jeu la croissance économique du Canada qu'aucune province ne saurait entraver. Il en serait ainsi même si le traité comporte des aspects locaux qui normalement exigeraient la participation des provinces pour son implantation: services liés à l'exploitation minière, à la construction, aux assurances, au commerce de distribution....<sup>86</sup> Il ne serait pas difficile de démontrer que le traité constitue une matière unique et indivisible, distincte du commerce intraprovincial. Le juge Le Dain déclare que «pour décider si une matière atteint le degré d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière»<sup>87</sup>. A ce sujet, on a souligné qu'«un accord de libre-échange marqué par l'opposition des provinces aurait bien peu de chances d'être fonctionnellement viable par rapport aux barrières non tarifaires provinciales»<sup>88</sup>. Dans ce contexte, on voit clairement l'impact que pourrait avoir sur le traité lui-même l'omission d'une seule province de s'occuper des aspects intraprovinciaux de celui-ci. Voilà pourquoi, sans aller jusqu'à reconnaître une compétence générale du fédéral sur la mise en oeuvre au Canada de tout traité international en raison du bouleversement soudain que cela créerait dans notre droit, la Cour suprême pourrait néanmoins sur la base de *Crown Zellerbach*, au nom de l'intérêt national, voir dans ce traité une matière de juridiction exclusive fédérale. Dans la mesure où les tribunaux pourraient en décider ainsi, toute loi ou toute disposition législative adoptée par une province qui serait considérée comme étant de nature à contrecarrer l'objectif de ce traité pourrait être jugée inconstitutionnelle, parce qu'elle empiéterait sur un domaine réservé au Parlement fédéral.

Il se pourrait même qu'aux yeux de tous les juges dans *Crown Zellerbach*, y compris des juges dissidents, la compétence exclusive du Parlement fédéral à l'égard de tout traité international et en particulier à l'égard du traité de libre-échange ne fasse aucun doute et cela parce qu'en

---

86. Voir à ce sujet, V. LOUNGNARATH, *supra*, note 1, p. 30.

87. *Supra*, note 12, p. 432.

88. V. LOUNGNARATH, *supra*, note 1, p. 36.

vertu du pouvoir général de l'article 91, le Parlement fédéral détient tous les pouvoirs qui accompagnent les attributs de la souveraineté. Ce point de vue pourrait s'appuyer sur les motifs qu'a exposés le juge La Forest dans son étude publiée en 1974 et sur des *obiter dicta* des juges Laskin et Dickson dans *Macdonald c. Vapor Canada Ltd.*<sup>89</sup> et *Schneider c. R.*<sup>90</sup> où ils n'ont pas rejeté l'idée d'une remise en cause de l'*Affaire sur les conventions du travail*. Par ailleurs, le renforcement de la règle de droit international empêchant les Etats fédérés de plaider leur constitution interne pour justifier leur incapacité de respecter leurs obligations internationales<sup>91</sup> pourrait bien inciter la Cour à prendre définitivement le parti du fédéral en matière de mise en oeuvre de traités.

En résumé, nous pensons que *Crown Zellerbach* fournit deux arguments pour justifier la compétence exclusive du Parlement fédéral à l'égard du traité de libre-échange canado-américain en vertu du paragraphe introductif de l'article 91. D'une part, le traité est une matière qui, comme la pollution de la mer, intéresse le Canada tout entier et qui, en raison des conséquences qu'entraînerait l'omission par une seule province d'en respecter les termes, doit être considérée entièrement, même dans ses aspects locaux, comme relevant de l'autorité exclusive du Parlement fédéral. En somme, il s'agit d'appliquer le raisonnement de la majorité dans *Crown Zellerbach* au traité de libre-échange. D'autre part, il est possible de prétendre que le Parlement fédéral a compétence exclusive sur tout traité international, y compris sur le traité de libre-échange, parce qu'il détient tous les pouvoirs qui accompagnent les attributs de la souveraineté. Un tel raisonnement présuppose bien entendu un rejet de la décision rendue par le Conseil privé dans l'*Affaire des conventions sur le travail*. Mais les *obiter dicta* des juges Laskin et Dickson dans les décisions récentes que nous avons mentionnées auxquelles il faut maintenant ajouter les propos du juge La Forest dans *Crown Zellerbach* où il est pourtant dissident, permettent de croire sérieusement à la possibilité que la Cour suprême révisé éventuellement la règle qu'avait établie l'*Affaire des conventions sur le travail*. En utilisant les critères établis par le juge Le Dain dans *Crown Zellerbach*, il ne devrait pas être difficile de démontrer que les traités internationaux constituent une matière qui a l'unicité, la particularité et l'indivisibilité requises pour la distinguer clairement des matières d'intérêt provincial et qui doit relever, dans l'intérêt national, de la juridiction du fédéral.

---

89. *Supra*, note 77, p. 167-168, 171.

90. (1982) 2 R.C.S. 112, p. 134-135.

91. A.L.C. DE MESTRAL, *supra*, note 1, p. 318.

De toute façon, la Cour suprême a trouvé le moyen de donner pleine compétence au Parlement fédéral sur le traité de libre-échange en interprétant largement, comme le présageait le juge La Forest il y a une dizaine d'années, sa compétence en matière d'échanges et de commerce. C'est ce que nous allons voir maintenant.

## 2. L'INTERET NATIONAL: UNE DIMENSION DE LA COMPETENCE EN MATIERE D'ECHANGES ET DE COMMERCE.

La décision qu'a rendu à l'unanimité la Cour suprême dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*<sup>92</sup> est, tout autant que l'affaire *Crown Zellerbach*, de nature à modifier de façon importante l'équilibre du partage des compétences au Canada entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Poursuivie en dommages en vertu de l'article 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*<sup>93</sup> par une compagnie de location de voitures pour s'être rendue coupable, selon les allégations de la demanderesse, d'une pratique commerciale déloyale interdite par la Loi, G.M. présente une requête afin de faire rejeter l'action pour le motif, entre autres, que l'article 31.1 est inconstitutionnel. La création d'un droit d'action de nature civile, prétend-elle, relève de la compétence des provinces en matière de droits civils et, dans la mesure où cette disposition confère un droit d'action à toute personne qui a subi une perte ou un préjudice par suite d'un comportement interdit, elle doit être jugée invalide. L'argument constitutionnel est rejeté tant en Cour d'appel ontarienne qu'en Cour suprême du Canada.

Le juge Dickson qui rédige le jugement au nom de la Cour suprême déclare valide la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en vertu du deuxième aspect de la compétence fédérale qui découle de l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'est-à-dire de la compétence sur les échanges et le commerce «en général», le premier aspect de ce pouvoir permettant au parlement fédéral seul de légiférer à l'égard du commerce interprovincial et international. Après avoir élaboré cinq critères qui ne constituent ni une liste exhaustive ni une énumération de conditions *sine qua non* pour déterminer si une loi fédérale est valide en vertu du pouvoir général sur les échanges et le commerce<sup>94</sup>, le juge Dickson conclut que la Loi en cause répond à ces critères: elle s'inscrit dans un système général de réglementation économique qui fonctionne sous l'oeil vigilant d'un

---

92. *Supra*, note 13. Voir aussi: *Quebec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.*, (1989) 1 R.C.S. 695.

93. S.R.C. 1970, c. C-23.

94. *Supra*, note 13, p. 661-663.

organisme de réglementation, elle a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché, elle a une portée nationale et vise l'économie dans son ensemble, en tant qu'entité nationale intégrée et non pas en tant que série d'entreprises locales distinctes, et elle est d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément à l'adopter. Finalement, même si la concurrence peut faire l'objet du droit provincial car elle ne constitue pas un seul et même sujet, pas plus que l'inflation ou la pollution comme le souligne le juge Dickson, il n'en demeure pas moins qu'elle est *d'intérêt national* et qu'elle ne peut être réglementée efficacement par une loi fédérale restreinte au commerce interprovincial<sup>95</sup>. D'où la validité des mesures prévues dans la Loi s'appliquant au commerce intraprovincial. D'où plus spécialement la validité de l'article 31.1 de la Loi qui a un rapport fonctionnel avec l'objectif général de la loi, avec la structure et le contenu du système.

Pour bien comprendre la portée de cette décision, il convient ici encore de rappeler ses antécédents avant d'en mesurer l'impact.

## 2.1 Les antécédents de *G.M. c. City National Leasing*.

Quand le Conseil privé décida dans *Russell* que le pouvoir du Parlement fédéral d'adopter l'*Acte de tempérance du Canada (1878)* reposait sur le paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il refusa de suivre les traces de la Cour suprême du Canada, sans désavouer celle-ci toutefois<sup>96</sup>, qui avait estimé quelques années plus tôt que cette Loi pouvait se justifier sur la base de l'article 91(2) en tant que réglementation générale du commerce des boissons enivrantes dans tout le Canada<sup>97</sup>. La décision qu'il avait rendue précédemment dans *Parsons* avait, comme on le sait, rejeté l'idée que l'on puisse fonder sur cette disposition la réglementation d'un commerce particulier qui devait relever de l'autorité des provinces. Donner à 91(2) une interprétation correspondant au sens littéral des mots risquait, selon la Cour, d'amoindrir la compétence conférée aux provinces en vertu de l'article 92(13). Le Québec, en particulier, ne pouvait voir son droit civil français régissant les contrats modifié par le parlement fédéral de manière à l'uniformiser avec le droit anglais en vigueur dans les autres provinces<sup>98</sup>. Néanmoins, dans *Parsons*, le Conseil privé avait proposé

---

95. *Id.*, p. 677-683.

96. *Supra*, note 17, p. 842.

97. *City of Fredericton c. R.*, (1879) 3 R.C.S. 505. Voir aussi: *Severn c. R.*, (1877-79) 2 R.C.S. 70.

98. *Supra*, note 19, p. 110-111.

l'interprétation suivante de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce<sup>99</sup>:

«Construing therefore the words «regulation of trade and commerce» by the various aids to their interpretation above suggested, they would include political arrangements in regard to trade requiring the sanction of parliament, regulation of trade in matters of inter-provincial concern, and it may be that they would include general regulation of trade affecting the whole dominion.»

On verra à partir de cette définition les deux aspects de la compétence fédérale en vertu de 91(2) dont parle le juge Dickson dans *City National Leasing*: le pouvoir de légiférer en matière d'échanges et de commerce internationaux et interprovinciaux, une compétence générale de régler les échanges et le commerce touchant le Canada dans son ensemble. Malgré tout, l'affaire *Parsons* et surtout la jurisprudence subséquente du Conseil privé seront considérées comme ayant réduit de façon considérable la portée de ce pouvoir fédéral. Ce n'est qu'après l'abolition des appels au Conseil privé en 1949, selon le juge Dickson, que l'article 91(2) connaîtra un nouvel essor<sup>100</sup>. Ce point de vue parfois exprimé dans la doctrine<sup>101</sup> résume d'une manière un peu simple l'histoire de la jurisprudence qui a interprété l'article 91(2). En réalité, celle-ci se caractérise par une longue hésitation, tant devant la Cour suprême que devant le Conseil privé, à donner au pouvoir en matière d'échanges et de commerce une portée susceptible de réduire de façon importante les pouvoirs des provinces. Voici les points saillants qui se dégagent tant bien que mal de cette jurisprudence souvent confuse et contradictoire antérieure à *City National Leasing*: les pouvoirs fédéraux de 91(2) sont pratiquement limités à la réglementation du commerce et des échanges interprovinciaux et internationaux, ils permettent difficilement d'empiéter sur la compétence provinciale en matière de commerce local.

---

99. *Id.*, p. 113.

100. *Supra*, note 13, p. 659.

101. P.W. HOGG, *supra*, note 49, p. 443; J.C. MacPHERSON, *supra*, note 48, p. 175; P. ANISMAN et P.W. HOGG, «Les aspects constitutionnels de la législation fédérale sur les valeurs mobilières» dans *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, vol. 3, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1979, p. 147, 176.

### 2.1.1 La réduction de 91(2) à la réglementation du commerce et des échanges interprovinciaux et internationaux.

Dans *City National Leasing*, le juge Dickson nous cite les deux seules causes où on aurait confirmé la validité d'une loi en vertu du pouvoir général de 91(2): *A.-G. Ontario c. A.-G. Canada (Canada Standards Trade Mark)*<sup>102</sup> et *John Deere Plow Co. Ltd. c. Wharton*<sup>103</sup>. Dans la première affaire, le Conseil privé a reconnu valides les dispositions de la loi fédérale qui créaient la marque de commerce «Canada Standard» et qui autorisaient tout producteur, manufacturier, vendeur ou commerçant à l'utiliser en accord avec les règlements établis pourvu que les produits offerts portant la marque soient conformes aux normes prescrites<sup>104</sup>. Dans *John Deere Plow*, il a semblé reconnaître sur la base de l'article 91(2) le pouvoir du Parlement fédéral de créer des compagnies ayant des objets autres que provinciaux.

Il est difficile de voir comment ces décisions pouvaient permettre de croire en la survivance d'un pouvoir général en vertu de 91(2). Concernant celle relative à la marque de commerce fédérale, il n'est pas aisé de la concilier avec les arrêts *Supermarchés Dominion Ltée c. R.*<sup>105</sup> et *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. P.G. Canada*<sup>106</sup> rendus par la Cour suprême elle-même il y a quelques années et qu'on a perçus à juste titre comme limitant de façon significative la portée de 91(2)<sup>107</sup>. Dans *Supermarchés Dominion*, on a jugé inapplicable à la compagnie appelante une disposition de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*<sup>108</sup> en vertu de laquelle elle était accusée d'avoir eu en sa possession pour vente des pommes sous un nom d'une qualité établie en vertu de la Loi, sans être conformes aux exigences du règlement d'application. La preuve révélait que les pommes étaient offertes en vente dans des opérations entièrement intraprovinciales et que la compagnie s'était conformée aux exigences de qualité de la loi ontarienne. On a conclu que l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* était limité au commerce au sens international et interprovincial et qu'il n'autorisait pas le Parlement fédéral à réglementer le commerce local en tant que partie d'un système de réglementation du commerce international et interprovincial. Dans *Labatt*, on a jugé que le

---

102. (1937) A.C. 405.

103. (1915) A.C. 330.

104. *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie*, S.C. 1935, c. 59, art. 18-20.

105. (1980) 1 R.C.S. 844.

106. *Supra*, note 48.

107. J.C. MacPHERSON, *supra*, note 48, p. 174-175; P. HOGG, *supra*, note 48; C.S. GOLDMAN, «The Constitutionality of the Combines Investigation Act Civil Damages Remedy», (1985-86) 11 *Can. Bus. L.J.* 385, p. 391-392.

108. S.R.C. 1970, c. A-8, art. 3.

*Règlement sur les aliments et drogues*<sup>109</sup> adopté en vertu de la *Loi des aliments et drogues*<sup>110</sup> et qui exigeait que la bière vendue sous un certain nom contienne un pourcentage maximum d'alcool ne s'appliquait pas à la compagnie appelante. Celle-ci pouvait offrir en vente un produit d'un nom tout à fait similaire qui contenait un pourcentage plus élevé d'alcool. On a considéré que le chef des échanges et du commerce de l'article 91 ne pouvait s'appliquer pour réglementer un seul commerce même si ce dernier se faisait à l'échelon national.

Quant à la décision rendue dans *John Deere Plow*, le Conseil privé s'est appuyé non seulement sur l'article 91(2) pour fonder la compétence fédérale à l'égard de l'incorporation de compagnies ayant des objets autres que provinciaux, mais bien aussi sur le paragraphe introductif de l'article 91<sup>111</sup>. C'est d'ailleurs sur cette base que dans *Parsons* il avait justifié la compétence fédérale en cette matière<sup>112</sup>. Le recours à l'article 91(2) dans *John Deere Plow* a été considéré par la doctrine comme une erreur dans la mesure où les «objets autres que provinciaux» ne pouvaient se limiter à des matières relevant de la catégorie mentionnée à 91(2)<sup>113</sup>. Du reste, on a reconnu au Parlement fédéral le pouvoir d'incorporer des sociétés à but non lucratif<sup>114</sup>.

En réalité, comme le souligne le juge Laskin dans *MacDonald c. Vapor Canada* en parlant du pouvoir général que semble avoir envisagé le Conseil privé dans *Parsons* à propos de l'article 91(2), «L'atténuation de la vaste formulation de ce pouvoir ne peut être attribuée à ce seul arrêt mais bien à une série d'arrêts subséquents qui [...] n'en ont pas suivi les traces»<sup>115</sup>. En effet, *Parsons* lui-même ne portait pas sur l'article 91(2) mais sur la validité d'une loi provinciale qui entendait imposer certaines clauses aux contrats d'assurance conclus dans la province. Le pouvoir de la province d'exiger de telles clauses a été, comme on le sait, reconnu. La remarque concernant la portée de l'article 91(2) n'était dès lors qu'un *obiter dictum* dans un arrêt qui limitait plutôt la portée de cette disposition. Dans la jurisprudence subsé-

---

109. C.R.C., c. 870.

110. S.R.C. 1970, c. F-27.

111. *Supra*, note 103, p. 340. C'est l'interprétation de l'arrêt qu'a retenue le juge Beetz dans *Re Loi anti-inflation*, *supra*, note 38, p. 455.

112. *Supra*, note 19, p. 116-117.

113. A. SMITH, *The Commerce Power in Canada and the United States*, Butterworths, Toronto, 1963, p. 96-99; J.S. ZIEGEL, «Constitutional Aspects of Canadian Companies» dans *Études sur le droit canadien des compagnies*, éd. par J.S. Ziegel, Toronto, Butterworths, 1967, p. 149, 157-160.

114. *Dobie c. The Board for the Management of the Temporalities Fund of the Presbyterian Church of Canada in Connection with the Church of Scotland*, (1881-1882) 7 A.C. 136.

115. *Supra*, note 77, p. 160.

quente, par ailleurs, mis à part les deux arrêts que nous venons de mentionner, seuls le commerce et les échanges internationaux et interprovinciaux ont permis au Parlement fédéral de fonder une réglementation sur la base de l'article 91(2) à tel point qu'on a pu dire avec raison, avant *City National Leasing*, que le deuxième élément de l'arrêt *Parsons* concernant l'interprétation de 91(2) avait subsisté au cours des années «plus comme possibilité théorique que comme fondement pratique pour la compétence de réglementation fédérale»<sup>116</sup>.

C'est cette interprétation limitée de l'article 91(2) qui a amené les tribunaux à refuser au Parlement fédéral le droit de se fonder sur cette disposition pour réglementer des commerces particuliers à l'intérieur des provinces. La réglementation de la vente de l'alcool ou sa prohibition pouvait ainsi relever de la compétence de ces dernières<sup>117</sup> malgré la décision rendue dans *Russell*. Les provinces pouvaient aussi exiger des permis pour l'exploitation de commerces à l'intérieur de leurs frontières même de compagnies incorporées par le fédéral à qui elles pouvaient imposer des conditions au sujet des contrats d'assurance conclus par elles<sup>118</sup> et les soumettre à leur réglementation sur le commerce des valeurs mobilières<sup>119</sup>. C'est ainsi encore que le processus de fabrication ou de transformation en industrie de produits destinés à la consommation, tels le poisson ou la margarine<sup>120</sup>, relevait de l'autorité des provinces.

Cette réduction du pouvoir de 91(2) au commerce et aux échanges interprovinciaux et internationaux devait forcer le Parlement fédéral à s'appuyer sur d'autres fondements pour justifier certaines de ses interventions en matière économique. Après avoir vu le Conseil privé invalider dans *In Re the Board of Commerce Act, 1919*<sup>121</sup> sa première loi adoptée pour réprimer les coalitions, il modifia celle-ci de manière à l'appuyer sur sa compétence en matière de droit criminel. Dans *Board of commerce*, la Cour avait considéré que 91(2) ne lui permettait pas de créer une commission qui avait entre autres pour tâche de contrôler les profits et

---

116. H.S. FAIRLEY, «Les dimensions constitutionnelles de la politique en matière de commerce extérieur» dans *Le partage des pouvoirs: études de cas*, éd. par M.K. KRASNICK, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 1, 12-13.

117. *Hodge c. R.*, *supra*, note 21; *A.-G. Ontario c. A.-G. Canada*, (*Affaire des prohibitions locales*), *supra*, note 21.

118. *Parsons*, *supra*, note 19.

119. *Lymburn c. Mayland*, (1932) A.C. 318.

120. *A.-G. Canada c. A.-G. British Columbia*, (1930) A.C. 111; *Re section 5(a) of the Dairy Industry Act*, (1951) A.C. 179.

121. *Supra*, note 23.



les prix et d'imposer des ordonnances à cette fin. Dans *Proprietary Articles Trade Association c. A.-G. Canada*<sup>122</sup>, cependant, on jugea que le fait de déclarer acte criminel la participation à une coalition, de se concerter pour limiter les moyens de transport, de production, de fabrication, d'approvisionnement, d'entreposage, pour restreindre l'industrialisation et empêcher la production ou la fabrication de produits, constituait un exercice valide de la compétence attribuée par l'article 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour suprême jugera plus tard que le Parlement fédéral pouvait ajouter à sa Loi une disposition prévoyant qu'une personne reconnue coupable d'une infraction à celle-ci pouvait se voir interdire, en plus des autres pénalités qui pouvaient lui être infligées, de faire tout acte de nature à favoriser la perpétuation de l'infraction. Le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel devait comporter le pouvoir d'imposer des sanctions nouvelles et permettre d'adopter des mesures en vue de prévenir le crime<sup>123</sup>.

Néanmoins, dans toute cette jurisprudence, on trouve des *obiter dicta* permettant de croire que le pouvoir général de 91(2) subsistait toujours. Ainsi, dans *PATA*, le Conseil privé refusa d'interpréter l'arrêt *Board of commerce* comme niant l'existence de ce pouvoir général distinct<sup>124</sup>. Il n'écarta pas l'idée que la législation sur les coalitions puisse relever de 91(2) mais jugea non nécessaire de se prononcer sur la question vu que la compétence en matière de droit criminel suffisait à justifier sa décision. Plus récemment, dans *Vapor Canada*, le juge Laskin affirma être prêt, «en examinant la portée de la compétence du Parlement du Canada sur la réglementation des échanges et du commerce, à considérer sous leur aspect le plus général les énoncés de l'arrêt *Parsons* sur la portée de cette compétence»<sup>125</sup>. Et le juge Dickson dans *P.G. Canada c. Les Transports Nationaux du Canada Ltée*<sup>126</sup> considéra que le Parlement fédéral pouvait autoriser le Procureur général du Canada à intenter des poursuites pour l'application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* car celle-ci trouvait son fondement dans l'article 91(2). Il profita de l'occasion pour exposer sa conception du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce, exposé qu'il reprend dans *City National Leasing*. Dans *Les Transports Nationaux du Canada*, cependant, la majorité préféra fonder la validité du pouvoir conféré par le Parlement fédéral au Procureur général du

---

122. (1931) A.C. 310 (ci-après: *PATA*). Voir aussi: *A.-G. British Columbia c. A.-G. Canada*, (1937) A.C. 368.

123. *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. R.*, (1956) R.C.S. 303.

124. *Supra*, note 122, p. 326.

125. *Supra*, note 77, p. 160.

126. (1983) 2 R.C.S. 206.

Canada sur la compétence en matière de droit criminel. Ce sur quoi le juge Dickson fut en désaccord.

On doit à ces *obiter dicta* cette jurisprudence que confirme le juge Dickson dans *City National Leasing* et qui a considéré valides ces dernières années des dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*<sup>127</sup> en vertu du pouvoir général de 91(2). Mais il faut bien admettre que le débordement de l'article 91(2) au-delà des questions qui concernent les échanges et le commerce internationaux et interprovinciaux est le fruit d'une évolution récente et correspond à l'idée qu'ont tenté d'imposer à la Cour suprême les juges Laskin et Dickson aidés en cela par une certaine doctrine essentiellement anglo-canadienne préoccupée par l'incapacité du fédéral d'intervenir adéquatement, à ses yeux, dans plusieurs secteurs de l'économie<sup>128</sup>.

Car, on peut penser que si la Cour suprême a eu recours dans certains cas au paragraphe introductif de l'article 91 pour justifier certaines lois fédérales, c'est qu'une majorité de ses membres refusait de donner une interprétation trop large de 91(2) susceptible d'affecter d'une manière importante les pouvoirs des provinces. Hogg a souligné avec raison le parallèle qui existe entre l'histoire de 91(2) et celle du paragraphe introductif de l'article 91<sup>129</sup>. Le jugement rendu dans *Re Loi anti-inflation* pourrait bien illustrer cela. L'article 91(2) en effet, interprété comme il vient de l'être par le juge Dickson, aurait dû permettre au fédéral de légiférer sur l'inflation comme il l'a fait puisque la Loi en cause pouvait être considérée comme reliée aux échanges et au commerce intéressant le Canada tout entier. Elle visait à remédier dans l'intérêt général à un problème national qu'elle qualifiait de grave. Elle prévoyait le contrôle et la réglementation des prix, des profits, des traitements, des salaires, des honoraires, des dividendes et créait à cette fin une commission de lutte anti-inflation. Mais en jugeant qu'il y avait une situation d'urgence qui commandait l'intervention du

---

127. *R. c. Hoffman-La Roche Ltd.*, (1981) 33 O.R. (2d) 694 (C.A. Ont.); *P.G. du Canada c. Miracle Mart Inc.*, (1982) C.S. 342; *BBM Bureau of Measurement c. Directeur des enquêtes et recherches*, (1985) 1 C.F. 173 (C.A.); *Henuset Bros. Ltd. c. Syncrude Canada Ltd.*, (1981) 114 D.L.R. (3d) 300 (C.B.R. Alta); *Westfair Foods Ltd. c. Lippens Inc.* (1987) 6 W.W.R. 629 (C.B.R. Man.).

128. A. SMITH, *supra*, note 113; J.C. MacPHERSON, *supra*, note 48; P. HOGG, *supra*, note 48; D. McQUEEN, «Commentary on James C. MacPherson, Economic Regulation and The British North America Act: Labatt Breweries and Other Constitutional Imbrolios», (1980-81) 5 *Can. Bus. L.J.* 225; B.C. McDONALD, «Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement», (1969) 47 *R. du Bar. Can.* 161; G.R. BELL et H. PROBERT, «The Constitutionality of Canadian Trade Mark Law», (1985) 4 *C.P.R.* (3d) 305.

129. *Supra*, note 49, p. 440.

fédéral, la Cour limitait l'application de la Loi à une période déterminée, soit celle de l'urgence, et ne s'éloignait pas de l'interprétation que l'on avait toujours donnée du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce de manière à préserver les pouvoirs provinciaux.

2.1.2 La difficulté d'empiéter de manière à réglementer les aspects locaux des échanges et du commerce en vertu de 91(2).

Il est admis depuis longtemps que pour les fins de ses compétences législatives le Parlement fédéral peut empiéter accessoirement sur des matières de juridiction provinciale<sup>130</sup>. Toutefois, à l'égard du pouvoir de 91(2), ce principe a fréquemment été ignoré par les tribunaux au point que le Parlement fédéral n'a pu prendre pour acquis avant *City National Leasing* que cette disposition lui permettait de réglementer les aspects locaux du commerce et des échanges interprovinciaux et internationaux.

Ainsi, en 1925, la Cour suprême jugeait-elle dans *R. c. Eastern Terminal Elevator*<sup>131</sup> que l'article 91(2) ne permettait pas au Parlement fédéral de créer une commission des grains chargée de contrôler le commerce de ce produit et d'imposer des permis à tout propriétaire ou exploitant d'éleveurs à grains, d'entrepôts et de moulins même si la plus grande partie du grain produit au Canada était destinée à l'exportation. Le Conseil privé confirmait ce point de vue une dizaine d'années plus tard en jugeant inconstitutionnelles les dispositions d'une loi fédérale sur la mise en marché de produits agricoles destinés principalement ou partiellement à des marchés situés à l'extérieur des provinces productrices<sup>132</sup>.

On trouve certes des jugements de la Cour suprême qui ont pu permettre de penser que le pouvoir fédéral de 91(2) comportait celui de contrôler les aspects locaux des échanges et du commerce dans la mesure où ils étaient reliés aux aspects interprovinciaux et internationaux de ceux-ci. La Cour jugea invalide, par exemple, un plan instauré par la Colombie-Britannique qui visait à contrôler la mise en marché des fruits et des légumes en grande partie expédiés hors de la province<sup>133</sup>. Un tel plan, devait-elle déclarer, relevait de 91(2), même dans ses aspects intraprovinciaux *accessoirement reliés au commerce extérieur ou interprovincial*. Elle reconnut aussi au Parlement fédéral le pouvoir d'interdire à toute personne autre que la Commission canadienne du blé d'exporter ou d'importer du blé, de

---

130. *Tennant c. Union Bank of Canada*, (1894) A.C. 31.

131. (1925) R.C.S. 434.

132. *A.-G. British Columbia c. A.-G. Canada*, (1937) A.C. 377.

133. *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, (1931) R.C.S. 357.

transporter certains produits d'une province à l'autre, *de vendre ces produits dans une province* quand ils devaient être livrés dans une autre ou transportés vers un autre pays<sup>134</sup>. Elle déclara valide un règlement de l'Office national de l'énergie qui interdisait à tout détenteur d'un permis d'importation d'huile à moteur de transporter cette huile d'un lieu situé à l'est de l'Ontario à un autre situé à l'ouest de cette province, *ni de vendre, ni de livrer ce produit à un tiers* sauf s'il était vendu ou livré pour consommation à l'est de la ligne fixée. La Cour souligna que l'autorité fédérale en matière d'exportation n'était pas en cause mais bien uniquement la réglementation du produit importé au niveau de la distribution au consommateur. Et le juge Pigeon affirma à ce sujet: «... l'entrave du commerce local, restreinte comme elle l'est à un produit importé, forme partie intégrante de la réglementation des importations dans l'évaluation d'une politique extra-provinciale et on ne saurait la qualifier d'"empiétement injustifié sur une compétence provinciale"»<sup>135</sup>.

Le jugement plus récent rendu dans *Supermarchés Dominion*<sup>136</sup>, en refusant au Parlement fédéral le pouvoir d'établir une réglementation relative à une marque nationale de commerce susceptible de s'appliquer sur le marché local, illustrerait plutôt le point de vue selon lequel les tribunaux acceptaient difficilement l'intervention du fédéral dans le commerce local par le biais de ses pouvoirs découlant de l'article 91(2). Cette décision a été perçue comme un retour à la doctrine établie par le Conseil privé<sup>137</sup>. Et peut-être que le recours encore une fois au paragraphe introductif de l'article 91 dans *Hauser c. R.*<sup>138</sup> pour considérer valide la *Loi sur les stupéfiants* s'expliquait justement par l'hésitation de la Cour à permettre que le Parlement fédéral puisse légiférer sur les aspects intraprovinciaux du commerce international des stupéfiants. Dans cette affaire, le juge Pigeon considéra assez curieusement au nom de la majorité que la Loi concernait un problème récent qui n'existait pas à l'époque de la Confédération et qui n'entraînait pas dans la catégorie des matières locales ou privées. Il refusait par ailleurs de rattacher la Loi au droit criminel parce qu'elle visait davantage à réglementer les stupéfiants qu'à les prohiber totalement. L'histoire de cette législation lui permettait de dire qu'elle répondait au désir du Parlement fédéral de contrôler le commerce d'importation et d'exportation des drogues

---

134. *Murphy c. C.P.R.*, (1958) R.C.S. 626.

135. *Caloil c. P.G. Canada*, (1971) R.C.S. 543, p. 551. Voir aussi: *R. c. Klassen*, (1959) 29 W.W.E. 369 (C.A. Man.) Permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada: (1959) R.C.S. ix.

136. *Supra*, note 105.

137. P.W. HOGG, *supra*, note 48, p. 223; J.C. MacPHERSON, *supra*, note 48, p. 182, 191-192.

138. *Supra*, note 34.

au pays et de faire en sorte que la Canada s'acquitte des engagements internationaux qu'il avait pris à ce sujet. Néanmoins, le juge Spence, dans cette cause préféra rattacher la Loi aux compétences fédérales en matière de droit criminel et en matière d'échanges et de commerce<sup>139</sup>. C'est le point de vue auquel se serait rallié le juge Laskin s'il avait siégé sur le banc, devait-il dire plus tard<sup>140</sup>. Et c'est le point de vue qu'endosse le juge La Forest dans *Crown Zellerbach* quand il déclare<sup>141</sup>: «La question vivement contestée du contrôle des stupéfiants... est intimement liée au droit criminel et au commerce international».

Parallèlement à ce refus en général de permettre au fédéral d'empiéter sur des matières locales en vertu de 91(2), on reconnaissait à plusieurs reprises qu'une loi provinciale valide pouvait affecter le commerce et les échanges interprovinciaux et internationaux. Ainsi, le Conseil privé décidait-il, dès le début du siècle, qu'une province pouvait prohiber le commerce de l'alcool même si cela avait pour effet d'affecter les revenus du fédéral provenant de l'importation de ce produit<sup>142</sup>. On jugera valide une loi de la Colombie-Britannique sur la mise en marché de produits naturels qui s'appliquait même à des produits importés dans la province. Le système de permis établi en vertu de cette Loi pouvait valablement servir à des fins de réglementation commerciale<sup>143</sup>. La Cour suprême se conformera à cette décision quand elle considérera légalement constitué l'Office créé encore une fois par une loi de la Colombie-Britannique et qui était chargé de fixer les prix du pétrole et du charbon dans la province même si la preuve tendait à démontrer qu'en adoptant cette mesure la province cherchait à protéger l'industrie locale des produits en cause contre la concurrence d'entreprises californiennes<sup>144</sup>. Elle jugera aussi valide un plan de mise en marché établi par l'Ontario au sujet de produits de la ferme en affirmant que le pouvoir de la province de réglementer la vente des produits en question n'était pas influencé par le fait que ces derniers pouvaient être destinés à l'extérieur de la province à moins que l'on puisse démontrer que cette réglementation n'était qu'un moyen déguisé pour contrôler le commerce extra-provincial<sup>145</sup>. Elle décidera également qu'un office créé par une loi du Québec pouvait valablement fixer le prix versé aux producteurs en vertu d'un plan de mise en marché même si cela avait pour effet d'affecter le commerce d'exportation, en particulier celui d'une entreprise dont la plus grande partie du lait acheté

---

139. *Supra*, note 34, p. 1004.

140. *Schneider c. R.*, *supra*, note 90, p. 115.

141. *Supra*, note 12, p. 452.

142. *A.-G. Manitoba c. Manitoba Licence Holders' Association*, (1902) A.C. 73.

143. *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, (1938) A.C. 708.

144. *Home Oil Distributors Ltd. c. A.-G. British Columbia*, (1940) R.C.S. 444.

145. *Re The Farm Products Marketing Act*, (1957) R.C.S. 198, le juge Abbott, p. 264.

et transformé au Québec était destiné à un marché situé à l'extérieur de la province<sup>146</sup>.

C'est quand on considérera que l'objet réel d'un plan de mise en marché provincial vise à contrôler le commerce d'importation et d'exportation qu'on le jugera invalide<sup>147</sup>. Mais il n'est pas toujours facile de réconcilier les décisions qui en sont venues à cette conclusion de celles qui ont maintenu la validité de plans provinciaux qui ne faisaient qu'affecter le commerce interprovincial et international. La jurisprudence a donné lieu parfois à des décisions surprenantes. Ainsi en est-il de ces jugements de cours d'appel qui ont considéré comme relevant de 92(13) des lois provinciales qui interdisaient de transporter dans la province ou d'avoir en sa possession de l'alcool acheté autrement que d'un organisme gouvernemental établi par ces lois, rendant par le fait même illégal la possession ou le transport d'alcool acheté dans une autre province<sup>148</sup>. En réalité, le test de l'objet qui fait en sorte qu'une loi n'est jugée invalide, en matière de partage de compétence, que si la fin poursuivie par le législateur est illicite a été appliqué de manière à laisser certains sous l'impression tout à fait justifiée que les juges rendaient les décisions qu'ils voulaient bien rendre en fonction de certains choix politiques<sup>149</sup>.

La difficulté pour le Parlement fédéral d'empiéter sur des matières locales en légiférant dans le domaine des échanges et du commerce et l'inaptitude des provinces à régler directement l'importation ou l'exportation de produits devaient amener le Conseil privé à suggérer que le fédéral et les provinces collaborent à l'implantation de programmes de mise en marché véritablement efficaces<sup>150</sup>. C'est la réalisation de cette collaboration qui amena la Cour suprême à juger valide ces dernières années un plan fédéral de mise en marché de produits de la ferme dans *Re Loi sur*

---

146. *Carnation Co. Ltd. c. The Quebec Agricultural Marketing Board*, (1968) R.C.S. 238.

147. *Lawson, supra*, note 133; *P.G. Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, (1971) R.C.S. 689; *Burns Foods Ltd. c. P.G. Manitoba*, (1975) 1 R.C.S. 494; *Central Canada Potash Co. Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, (1979) 1 R.C.S. 42; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, (1978) 2 R.C.S. 545.

148. *Régie des alcools du Québec c. Pilote*, le 27 septembre 1973, no A-4913 (C.A. Québec); *R. c. Gautreau*, (1979) 88 D.L.R. (3d) 718 (C.A. N.-B.). Voir: N. DUPLÉ, «A propos de l'affaire Pilote: les compétences provinciales en matière de réglementation du commerce», (1974) 15 C. de D. 569.

149. P. WEILER, «The Chicken and Egg Reference» dans *Law, Politics and the Judicial Process*, éd. par F.L. MORTON, Calgary, The University of Calgary Press, 1984, p. 139; F. CHEVRETTE, *supra*, note 47, p. 49-50; DE MONTIGNY, *supra*, note 47.

150. *Re Board of Commerce, supra*, note 23, p. 201; *A.-G. British Columbia c. A.-G. Canada, supra*, note 132, p. 389.

*l'organisation du marché des produits agricoles*<sup>151</sup>. Le plan avait été approuvé par tous les gouvernements provinciaux qui avaient adopté des lois appropriées pour le rendre applicable dans ses aspects intraprovinciaux.

De la situation qui prévalait avant *City National Leasing*, il faut conclure que la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce était loin de constituer une entrave bien sérieuse à la capacité des provinces de légiférer en matière de propriété et de droits civils à l'intérieur de leurs frontières: la réglementation de la vente, de la production, de la fabrication relevait de leur juridiction dans la mesure où en ce faisant elles ne cherchaient pas indirectement à réglementer le commerce d'importation et d'exportation ou le commerce interprovincial.

## 2.2 L'impact de la décision.

On a constaté déjà que malgré le désir des Pères de la Confédération, en 1867, de réaliser une union économique, le Canada n'apparaissait guère plus intégré que la Communauté économique européenne en ce qui concerne la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux. En particulier, diverses politiques provinciales, cautionnées par l'interprétation judiciaire donnée au partage constitutionnel des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, empêchaient l'intégration parfaite de l'économie canadienne: dispositions fiscales favorisant les productions locales, conditions imposées à la vente de produits étrangers, subventions aux entreprises locales, établissement de monopoles d'Etat (qu'on pense en particulier au commerce de l'alcool), politiques d'achat privilégiant les produits locaux, contrôle des institutions financières notamment par des réglementations concernant la vente des actions des compagnies et les placements des compagnies d'assurance ou des investisseurs étrangers<sup>152</sup>. Toutes ces politiques dont l'impact sur le commerce et les échanges interprovinciaux est réel ont pu être appliquées en dépit de l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui interdit l'établissement de barrières tarifaires entre les provinces. A vrai dire, l'article 121 n'a jamais été utilisé pour annuler des barrières interprovinciales non tarifaires<sup>153</sup>.

La *Charte canadienne des droits et libertés* fait en sorte maintenant que la liberté de circulation et d'établissement des personnes est garantie au

---

151. (1978) 2 R.C.S. 1198. Voir à ce sujet P.W. HOGG, *supra*, note 49, p. 444-446.

152. I. BERNIER, «Le concept d'union économique dans la Constitution canadienne: de l'intégration commerciale à l'intégration des facteurs de production», (1979) 20 *C. de D.* 177.

153. P.W. HOGG, *supra*, note 49, p. 736-737.

Canada. Dans *Black c. The Law Society of Alberta*<sup>154</sup>, décision rendue le même jour que *City National Leasing*, la Cour suprême donne de l'article 6 de la Charte qui fournit cette garantie une interprétation généreuse. Il accorde à son paragraphe 2, aux citoyens et aux résidents permanents du Canada, le droit de gagner leur vie dans quelque province. Il donne aux non résidents d'une province le droit d'y gagner leur vie selon leur profession ou le métier de leur choix tout en étant assujettis aux mêmes conditions que les résidents. La Cour, en l'espèce, juge invalides les règlements du Barreau d'une province qui ont pour effet de réserver la pratique du droit aux avocats qui résident dans cette province.

Il se pourrait bien, en outre, qu'un *obiter dictum* du juge Dickson dans cet arrêt concernant la portée de l'article 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui donne compétence au fédéral sur la naturalisation et les aubains indique l'intention de la Cour d'interpréter, éventuellement, d'une manière assez large ce pouvoir fédéral. Le juge Dickson souligne qu'il existe une preuve, bien limitée toutefois, à l'effet que les tribunaux étaient prêts au début de la Confédération à considérer la libre circulation des personnes comme une matière relevant de l'autorité fédérale en vertu de l'article 91(25). Il cite, à cet égard, l'arrêt *Union Colliery Co. of British Columbia Ltd. c. Bryden*<sup>155</sup> dans lequel on a jugé invalide une loi de la Colombie-Britannique qui interdisait l'embauche de personnes d'origine chinoise pour travailler dans les mines. La Cour a considéré que l'article 91(25) donnait au Parlement fédéral le pouvoir de fixer les droits et privilèges des résidents du Canada après leur naturalisation. Le juge Dickson cite en outre ce passage de la décision du juge Rand dans l'affaire *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*<sup>156</sup> où ce dernier affirme que le statut de citoyen comprend certains caractères inhérents que seul le Parlement fédéral peut modifier, annuler ou détruire. Cette vision large du pouvoir de 91(25) n'a pas toujours été celle retenue par les cours qui ont vu à certains moments dans cette compétence le simple droit de définir le statut de citoyen ou de résident<sup>157</sup>. Mais si elle était retenue elle pourrait comporter comme le signalait déjà Jean Beetz des ramifications insoupçonnées<sup>158</sup>. Cela

---

154. (1989) 1 R.C.S. 591.

155. (1899) A.C. 580.

156. (1951) R.C.S. 887, p. 919-920.

157. *Cunningham c. Tomey Homma*, (1903) A.C. 151, p. 156-157. Voir à ce sujet: P. BLACHE, «Liberté de circulation et d'établissement de résidence» dans *Charte canadienne des droits et libertés*, éd. par G.-A. BEAUDOIN et E. RATUSHNY, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 351, 374-376.

158. *Supra*, note 37, p. 132.



n'empêcherait toutefois pas le fédéral d'être lié comme les provinces par l'article 6 de la Charte<sup>159</sup>.

En ce qui concerne la libre circulation des biens, le juge La Forest rappelle dans *Black* que l'une des intentions dominantes des rédacteurs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* était d'établir une nouvelle identité politique et de créer une économie nationale. Pour réaliser l'union économique, les moyens suivants, rappelle-t-il, étaient prévus: «la création d'un gouvernement central, le pouvoir en matière d'échanges et de commerce, l'art. 121 et la construction d'un chemin de fer transcontinental...»<sup>160</sup>. Il est clair dès lors qu'aux yeux du juge La Forest, l'article 91(2) a pour but d'assurer l'union économique canadienne. Cela est confirmé par la Cour suprême dans l'affaire *City National Leasing* dont l'effet principal est de faire du Parlement fédéral, par le biais de l'article 91(2), le maître d'oeuvre de l'économie canadienne; un statut que ne lui reconnaissait pas à toute fin pratique, comme on a pu le constater, la jurisprudence antérieure à cette décision. Et cela ne va pas sans conséquences importantes pour les pouvoirs provinciaux.

La compétence du Parlement fédéral de légiférer sur les coalitions, clairement reconnue maintenant en vertu de 91(2), permettra désormais au gouvernement central d'instaurer des politiques susceptibles de favoriser la libre concurrence même si ces politiques pouvaient être interprétées jusqu'à récemment comme des empiétements interdits dans des domaines de juridiction provinciale. La Cour répond en cela à un vœu exprimé par plusieurs auteurs<sup>161</sup>. Ainsi, la Loi pourra avoir toute l'efficacité de la législation américaine dont on a vanté les mérites des recours privés qui y sont prévus<sup>162</sup>. Dans un contexte de libre-échange, on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la Cour favorise la conformité du droit canadien au droit américain et le palier de gouvernement le plus susceptible, selon elle, d'assurer cette conformité.

On peut comprendre dès lors l'assurance qu'a manifestée le Parlement fédéral avant que ne soit rendue la décision dans *City National Leasing* en

---

159. Art. 32 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

160. *Supra*, note 154, p. 609. Les italiques sont de nous.

161. B.C. McDONALD, *supra*, note 128, p. 188-192; P.W. HOGG et W. GROVER, «The Constitutionality of the Competition Bill», (1975-76) 1 *Can. Bus. L.J.* 197, 199-200; C.S. GOLDMAN, *supra*, note 107; J.D. WHYTE, «Les dimensions constitutionnelles des mesures d'expansion économique» dans *Le partage des pouvoirs et la politique d'Etat*, éd. par R. SIMEON, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1982, p. 31.

162. B.C. McDONALD, *id.*, p. 163-164, 188.

modifiant profondément sa Loi<sup>163</sup> qui porte maintenant le titre de *Loi sur la concurrence*<sup>164</sup> dont l'article 1.1 précise l'objectif:

«La présente Loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux, tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.»

Clairement, la Loi ne s'appuie plus exclusivement sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel mais bien essentiellement sur le pouvoir en matière d'échanges et de commerce<sup>165</sup>. Un tribunal de la concurrence est créé<sup>166</sup> dont l'existence était souhaitée par les protagonistes d'une législation fédérale plus coercitive en ce domaine<sup>167</sup>. L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet certes au Parlement fédéral de créer un tribunal aux fins de l'application d'une loi du Canada qui se justifie maintenant sur la base de l'article 91(2). Toutefois, il faut bien constater que ce tribunal a des pouvoirs similaires à ceux que détenait la commission créée par le fédéral, en 1919, et que le Conseil privé avait considéré illégalement constituée dans *In Re The Board of Commerce Act, 1919*<sup>168</sup>. Il peut, notamment, ordonner à un fournisseur d'accepter une personne comme client<sup>169</sup>, lui interdire d'appliquer un prix à la livraison<sup>170</sup>. Mais le juge Dickson dans *City National Leasing* rejette cet arrêt qui aurait dépouillé 91(2) de toute substance en déclarant que cette disposition n'avait aucun contenu indépendant et qu'elle ne pouvait être invoquée qu'accessoirement à d'autres pouvoirs fédéraux<sup>171</sup>.

---

163. L.R.C. (1985), c. C-34 modifiée par la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), c. 19 (2e suppl.).

164. *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, *id.*, art. 18.

165. Pour une analyse de la Loi, voir W. GROVER et R. KWINTER, «The New Competition Act», (1987) *R. du B. Can.* 267.

166. *Supra*, note 163, art. 3.

167. B.C. McDONALD, *supra*, note 128, p. 219-225; P.W. HOGG et W. GROVER, *supra*, note 161, p. 210.

168. *Supra*, note 23.

169. *Supra*, note 163, art. 75(1).

170. *Id.*, art. 81(1).

171. *Supra*, note 13, p. 660.

On notera que l'article 2.1 de la *Loi sur la concurrence* édicte que cette dernière s'applique aux mandataires de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province «à l'égard des activités commerciales qu'elles exercent en concurrence réelle ou potentielle avec d'autres personnes». La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne liait pas la couronne comme en avait décidé la Cour suprême dans *R. c. Eldorado Nuclear Ltd.*<sup>172</sup>. Tel n'est plus le cas, cependant, en vertu de la nouvelle Loi et les gouvernements provinciaux devront apprendre à pratiquer une vertu qui est devenue d'intérêt national, la libre concurrence. Le droit qu'a le Parlement fédéral de lier les gouvernements provinciaux quand il légifère dans ses domaines de compétence ne fait pas de doute comme le rappelait le juge Dickson récemment dans *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* en déclarant<sup>173</sup>: «A mon avis, on aurait tort d'accepter une théorie de l'immunité constitutionnelle intergouvernementale. Si le parlement a le pouvoir de légiférer ou de réglementer dans un domaine, les émanations de la Couronne provinciale devraient être liées si le parlement en décide ainsi». Dès lors, puisque la *Loi sur la concurrence* se fonde sur le pouvoir général de 91(2), les activités commerciales des provinces, notamment en ce qui concerne le commerce de l'alcool, seront assujetties aux prescriptions de cette Loi fédérale.

Les provinces pourraient être affectées d'une manière particulière par les dispositions de la Loi qui interdisent les fusionnements de nature à nuire à la libre concurrence<sup>174</sup>. La Loi ne fait plus de ces fusionnements des actes criminels mais accorde au Tribunal de la concurrence des pouvoirs étendus pour rendre des ordonnances de nature civile en vue de les empêcher ou de les dissoudre. Elle excepte cependant les fusionnements réalisés avant l'entrée en vigueur de la Loi<sup>175</sup>. L'article 101 précise, par ailleurs, que le procureur général d'une province peut intervenir dans les procédures qui se déroulent devant le Tribunal appelé à rendre une ordonnance afin d'y faire des représentations pour le compte de la province. Ainsi donc, les gouvernements provinciaux pourraient être appelés à justifier leurs politiques interventionnistes en matière économique, en particulier les nationalisations d'entreprises qu'ils pourraient peut-être avoir envie de réaliser, devant un tribunal fédéral. De ce point de vue, il s'agit d'un changement radical de la situation des provinces par rapport à l'ancienne Loi.

---

172. (1983) 2 R.C.S. 551.

173. *Supra*, note 11, p. 275.

174. *Supra*, note 163, art. 91 et 92.

175. *Id.*, art. 94(a) et 97.

La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* avait d'abord et avant tout un caractère pénal. Dans *P.G. Canada c. The Law Society of British Columbia*<sup>176</sup>, la Cour suprême a jugé que les membres du Conseil d'administration d'un Barreau d'une province ne pouvaient être reconnus coupables d'un complot contrairement à celle-ci parce qu'ils avaient interdit à l'un de ses membres de faire de la publicité. Au contraire, devait signaler la Cour, ils s'étaient acquittés des obligations que leur imposait la Loi provinciale. Chaque fois qu'on pouvait légitimement interpréter une loi fédérale de manière à ce qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il fallait appliquer cette interprétation plutôt que celle qui entraînait un conflit. Et rien ne permettait de penser que le législateur fédéral par la disposition en cause avait voulu viser un organisme provincial valablement créé par une loi provinciale et qui agissait dans l'intérêt public. Néanmoins, sans vouloir se prononcer sur la constitutionnalité de la Loi, le juge Estey affirma au nom de la Cour: «tant que la Loi [...] revêtira un aspect pénal, il sera nécessaire dans des procédures pour sa mise en oeuvre et son application de faire la preuve d'une conduite contraire à l'intérêt public. C'est cet aspect de la loi fédérale qui [...] peut être neutralisé par le pouvoir que confère une loi provinciale valide qui établit une réglementation»<sup>177</sup>.

La présente Loi ayant perdu son caractère avant tout pénal et trouvant son fondement dans le paragraphe 2 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il ne fait pas de doute que les organismes provinciaux y sont soumis et que les provinces pourraient être tenues de s'expliquer relativement à des politiques qui vont à son encontre.

Ainsi donc, la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce n'est plus limitée à la réglementation du commerce et des échanges interprovinciaux et internationaux. Sans aller jusqu'à permettre de réglementer comme telle une industrie ou une entreprise qui relève de l'autorité des provinces, elle fait en sorte que le fédéral peut légiférer d'une manière générale à l'égard de certaines matières reliées aux échanges et au commerce quand il le fait en respectant les conditions imposées par la Cour dans *City National Leasing*. Se trouve dès lors confirmé, nous semble-t-il, sur la base de ce pouvoir général, la validité de la *Loi sur les marques de commerce*<sup>178</sup> dont l'article 7(e) a été déclaré inconstitutionnel dans *Vapor Canada* pour le motif, nous dit le juge Dickson dans *City National Leasing*, qu'il s'agissait «d'une disposition générale fourre-tout, sans rapport avec le reste de la Loi, qui interdisait à une personne de «faire un autre acte» ou

---

176. (1982) 2 R.C.S. 307.

177. *Id.*, p. 354.

178. L.R.C. (1985), c. T-13.

«d'adopter» une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada»<sup>179</sup>. Mais il n'en est pas nécessairement ainsi des autres paragraphes de cette disposition qui interdisent les déclarations fausses de nature à discréditer une entreprise ou à induire en erreur le public et qui peuvent être considérés comme parfaitement intégrés dans le plan général de la Loi. C'est le point de vue qu'a adopté la Cour d'appel fédérale dans *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*<sup>180</sup> en refusant d'admettre que l'arrêt *Vapor Canada* avait décidé que l'article 7 dans son ensemble devait être jugé inconstitutionnel.

D'autres interventions fédérales pourraient être justifiées également en vertu du pouvoir général de 91(2). Ce pourrait être le cas dans le domaine des valeurs mobilières comme a semblé l'accepter la Cour suprême dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*<sup>181</sup> et comme l'a préconisé, encore une fois, une certaine doctrine<sup>182</sup>. Ce pourrait être aussi le cas de l'inflation ou du commerce des stupéfiants comme on l'a signalé. Les règlements adoptés en vertu de la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*<sup>183</sup>, en particulier ceux concernant la langue d'étiquetage, pourraient se fonder eux-mêmes sur ce pouvoir général<sup>184</sup>. On sait que la langue a été considérée par les tribunaux comme un agrégat de matière sur laquelle peuvent légiférer le fédéral et les provinces accessoirement à leurs compétences respectives<sup>185</sup>.

Au-delà de la reconnaissance d'une compétence générale en vertu de 91(2), il y a dans *City National Leasing* le rejet définitif de l'idée qu'en exerçant les pouvoirs que lui confère cette disposition le Parlement fédéral ne peut valablement empiéter sur des domaines traditionnellement réservés aux provinces que dans la mesure où cela est nécessaire pour les fins d'une législation valide. Et de ce point de vue, l'arrêt nous semble s'éloigner de la décision rendue dans *Supermarchés Dominion* selon ce qui se dégage des propos du juge Dickson qui nous invite tout simplement à comparer cette décision avec celle rendue dans *A.-G. Ontario c. A.-G. Canada (Canada*

---

179. *Supra*, note 13, p. 661.

180. (1987) 3 C.F. 544 (C.A.). Pour une analyse de la jurisprudence à ce sujet, voir: G.R. BELL et H. PROBERT, *supra*, note 128.

181. (1982) 2 R.C.S. 161, le juge Dickson, p. 173; le juge Estey, p. 224-225.

182. P. ANISMAN et P.W. HOGG, *supra*, note 101, p. 180-192.

183. L.R.C. (1985), c. C-38, art. 18(1) (f). Voir: C.R.C., c. 417.

184. Voir: I. BERNIER, «La langue d'étiquetage des produits de consommation: Le pouvoir constitutionnel de légiférer», (1974) 15 *C. de D.* 533.

185. *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182; *Allan Singer Ltd. c. P.G. Québec*, (1988) 2 R.C.S. 790.

*Standards Trade Mark*)<sup>186</sup> dont il retient la *ratio*. L'affaire *Labatt* serait toutefois différente puisque, selon le juge Dickson, le Parlement fédéral dans ce cas cherchait vraiment à réglementer un commerce particulier<sup>187</sup>. Mais rien ne devrait plus empêcher le Parlement fédéral d'imposer à l'échelle nationale une réglementation susceptible d'affecter d'une manière importante les activités commerciales locales et d'établir lui-même, sans la collaboration des provinces, des programmes nationaux de mise en marché. C'est la conséquence logique qui découle de *City National Leasing*. Et l'on peut affirmer sans crainte de se tromper que le pouvoir de 91(2) ressemblera de plus en plus à la clause commerce qui, aux Etats-Unis, a été interprétée comme conférant au Congrès de très larges pouvoirs d'intervention dans le commerce intraétatique<sup>188</sup>.

Il n'est pas difficile de conclure que le Parlement fédéral doit avoir maintenant, sur la base de l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pleine compétence pour légiférer à l'égard du traité de libre-échange même en ce qui concerne les aspects intraprovinciaux de ce traité. Il a pu dès lors valablement le ratifier<sup>189</sup>.

Devant une interprétation aussi large du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce, on peut se demander quelle utilité a pour les provinces l'article 92A(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, adopté en 1982<sup>190</sup>, qui permet à celles-ci de légiférer concernant l'exportation vers d'autres parties du Canada de ressources naturelles non renouvelables, de ressources forestières et d'énergie électrique. Ce pouvoir est limité: il n'existe qu'à l'égard des ressources mentionnées et ne s'applique pas aux exportations destinées au commerce international. En outre, le paragraphe 3 de l'article 92A fait en sorte que le paragraphe 2 ne porte pas atteinte au pouvoir du Parlement fédéral de légiférer d'une manière prépondérante sur les échanges interprovinciaux<sup>191</sup>. Cette dernière restriction est importante et

---

186. *Supra*, note 102.

187. *Supra*, note 13, p. 678. A ce sujet, le juge Dickson semblerait endosser l'opinion de P.W. HOGG, *supra*, note 49, p. 447-449: les règlements adoptés en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* et qui concernaient divers produits dont la bière, le whisky, le café, le thé, le chocolat, la crème glacée n'avaient rien de comparables à la réglementation qui était en cause dans *Canada Standard* et qui concernait une marque nationale de commerce. Ce qui n'était pas le cas dans *Labatt*.

188. Voir D.A. SOBERMAN, *supra*, note 1.

189. L.C. 1988, c. 65.

190. Art. 50 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

191. Voir: W.D. MOULL, «Section 92A of the Constitution Act, 1867», (1983) 61 *R. du B. Can.* 715, p. 716-717, 723-726; N.D. BANKES, C.D. HUNT et J.O. SAUNDERS, «L'énergie et les ressources naturelles: le cadre constitutionnel canadien», dans *Le partage des pouvoirs: études de cas*, éd. par M. KRASNICK, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ministre des

a permis à certains de voir dans l'article 92A avant tout un outil politique de nature à favoriser les provinces dans le cadre de relations fédérale-provinciales<sup>192</sup>. En effet, l'article 92A a été voulu pour tempérer l'impact qu'ont eu à l'égard des provinces les jugements rendus par la Cour suprême dans *Central Canada Potash Co. Ltd. c. Le Gouvernement de la Saskatchewan*<sup>193</sup> et *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Le Gouvernement de la Saskatchewan* (ci-après *CIGOL*)<sup>194</sup>. La Cour a jugé invalide dans *Central Canada Potash* un programme de contingentement de la potasse établi par la province alors que la presque totalité du minerai était vendu à l'extérieur de celle-ci dont environ 64% aux États-Unis. Les contrôles de production et les mesures de conservation relatives aux ressources naturelles d'une province sont des sujets qui relèvent ordinairement du pouvoir législatif provincial, a souligné la Cour. Mais la situation peut être différente a-t-elle ajouté lorsque la réglementation provinciale établit un programme de commercialisation dont le trait principal est la fixation des prix de produits destinés essentiellement au commerce interprovincial ou international. Dans *CIGOL*, la Cour a invalidé une taxe imposée par la province à la suite de la forte augmentation du prix du pétrole sur le marché mondial. La taxe s'appliquait à tout le pétrole et à tout le gaz produit dans la province. La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une taxe indirecte et que la province cherchait au surplus par cette taxe à contrôler les prix à l'exportation, domaine réservé au Parlement fédéral par l'article 91(2).

Il est bien possible que l'article 92A place politiquement les provinces dans une situation de force dans les pourparlers qui peuvent exister entre elles et le fédéral concernant la gestion des richesses naturelles. Cependant, il ne modifie en rien la portée très large qu'a désormais l'article 91(2) et qui n'empêche aucunement le Parlement fédéral de légiférer de manière à contrôler la mise en marché et les prix des ressources naturelles destinées au marché canadien comme au marché étranger même si les provinces sont propriétaires de ces ressources sur lesquelles elles ont déjà le pouvoir de légiférer en vertu des articles 92(5) et 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'ailleurs, les jugements *Central Canada Potash* et *CIGOL* ont été perçus comme une manifestation et peut-être une conséquence de la

---

Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1986, p. 61, 80-82; P.W. HOGG, *supra*, note 49, p. 473.

192. M.A. CHANDLER, «Constitutional Change and Public Policy: the Impact of the Resource Amendment (Section 92A)», (1986) 19 R. C. Sc. Pol. 103.

193. *Supra*, note 147.

194. *Id.*

renaissance du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce<sup>195</sup>. Dans un jugement récent la Cour d'appel de la Saskatchewan confirme, sur la base des *obiter dicta* exprimés par les juges Laskin dans *Vapor Canada* et Dickson dans *Transports Nationaux du Canada*, que l'article 91(2) doit permettre au Parlement fédéral de réglementer comme il l'a fait il y a quelques années la fixation du prix du pétrole produit dans une province. La Loi en cause visait à répondre à la crise mondiale suscitée par l'augmentation soudaine des prix du pétrole. Elle répondait, selon la Cour, à tous les critères énoncés par le juge Dickson pour être considérée comme une loi valide en vertu du pouvoir général de 91(2)<sup>196</sup>. Le jugement de la Cour suprême dans *City National Leasing* donne raison à la Cour d'appel. Certes, le Parlement fédéral ne saurait imposer aux gouvernements provinciaux une taxe à l'égard des richesses naturelles qu'elles possèdent. L'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère une immunité aux biens d'un gouvernement au Canada à l'égard des lois taxatrices d'un autre palier de gouvernement comme en a décidé la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*<sup>197</sup>. Elle a néanmoins précisé que si l'article 125 restreint le pouvoir fédéral en matière fiscale, il ne limite pas pour autant l'exercice des autres pouvoirs énumérés à l'article 91. Une loi fédérale qui revêt la forme d'une mesure fiscale peut d'ailleurs, a-t-elle ajouté, lier une province si elle relève principalement d'un pouvoir fédéral autre que celui que confère l'article 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Voilà donc les conséquences prévisibles de la décision rendue par la Cour suprême dans *City National Leasing*. En faisant du Parlement fédéral le promoteur et le gardien de l'union économique canadienne, l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* tel qu'interprété par la Cour suprême

---

195. W.D. MOULL, «Natural Resources: Provincial Proprietary Rights, The Supreme Court of Canada, and the Resource Amendment to the Constitution», (1983) 21 *Alb. L. Rev.* 472, p. 482.

196. *Saskatchewan Power Corporation c. TransCanada Pipelines Ltd.*, (1989) 2 W.W.R. 385 (C.A. Sask.). La Cour déclare à propos de la *Loi sur l'administration du pétrole*, S.C. 1974-75-76, c. 47, p. 424: «...the Petroleum Administration Act is general legislation aimed at the economy as a single integrated national unit rather than as a collection of separate local enterprises. Although the regulation is of a particular trade, and a narrow segment of that trade, the purpose of the legislation was to deal with a matter of not only national, but international, scope. The economy was in a crisis situation because of international events: the actions of the OPEC countries [...] There can be no question that the matter at issue was legislation aimed at the economy as a single integrated national unit. Something of general interest and importance to the whole country was involved. The purpose of the legislation here cannot be compared to the grading of apples as in the *Dom. Stores* case or the composition of light beer as in the *Labatt's Case*.»

197. (1982) 1 R.C.S. 1004.



devient un instrument d'uniformisation extrêmement important au Canada et de nature à minimiser l'impact des politiques provinciales en matière économique. La société canadienne devra ressembler de plus en plus à la société américaine. C'est ce qu'impliquent les décisions récentes de la Cour suprême inspirée sans nul doute par le contexte du libre-échange.

### 3. LA REEVALUATION DE REGLES D'INTERPRETATION EN MATIERE DE PARTAGE DES COMPETENCES.

Certains ont pu voir dans les règles d'interprétation de la Constitution elles-mêmes une entrave à une plus grande intervention du Parlement fédéral dans le secteur de l'économie: limites du pouvoir d'empiéter du fédéral sur des matières exclusivement réservées aux provinces, test de l'objet (le *pith and substance*) trop souvent appliqué, a-t-on signalé, sans tenir compte des effets de la législation en cause<sup>198</sup>... Néanmoins, des décisions récentes révèlent que la Cour suprême est prête à répondre à ces critiques en réévaluant certaines de ces règles. Et ceci apparaît dans la revalorisation qu'elle fait de la théorie du double aspect et de la règle de la prépondérance fédérale. Cela pourrait impliquer, pour le Parlement fédéral, plus de latitude dans l'exercice en particulier de sa compétence en matière d'échanges et de commerce comme nous allons le voir maintenant.

#### 3.1 La théorie du double aspect.

La théorie signifie qu'une loi qui, à certains égards, peut relever d'un titre de compétence fédérale peut à d'autres points de vue être rattachée à un titre de compétence provinciale. Elle a son origine dans l'affaire *Hodge c. R.*<sup>199</sup> où le Conseil privé avait considéré que la décision rendue dans *Russell*, en jugeant valide la loi fédérale sur la tempérance, n'empêchait pas une province de légiférer sur le commerce de l'alcool. Un sujet qui sous un aspect relevait de l'article 91, devait préciser la Cour, pouvait très bien sous un autre aspect relever de l'article 92. La théorie a été appliquée depuis à plusieurs reprises notamment en matière de circulation routière où on a jugé que des dispositions pénales prévues dans des lois provinciales pouvaient coexister avec des dispositions du *Code criminel* s'appliquant dans des situations similaires<sup>200</sup>.

---

198. J.D. WHYTE, *supra*, note 1, p. 286; J.D. WHYTE, *supra*, note 161, p. 33-34; I. BERNIER, *supra*, note 152, p. 210-213; I. BERNIER, *supra*, note 184, p. 542; J.C. MacPHERSON, *supra*, note 48, p. 181-183.

199. *Supra*, note 21, p. 130.

200. *O'Grady c. Sparling*, (1960) R.C.S. 804; *Stephens c. R.*, (1960) R.C.S. 823; *Mann c. R.*, (1966) R.C.S. 238.

La théorie toutefois, au cours des années, a servi d'appui à certaines thèses doctrinales qui trouvent leur écho dans le jugement que rend la Cour suprême dans *City National Leasing*. Nous ferons part de ces thèses et verrons quel accueil leur a réservé la jurisprudence avant que la Cour suprême rende sa décision dans *City National Leasing* dont nous tenterons de mesurer l'impact à cet égard.

### 3.1.1 Les thèses doctrinales et leur écho dans la jurisprudence.

S'appuyant sur l'arrêt *Russell*, le professeur Laskin soutenait dans les années 40 qu'une loi devait s'apprécier en fonction de son aspect mais non en fonction du contenu d'une matière énumérée à l'article 91 ou à l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le pouvoir général du Parlement fédéral prévu au paragraphe introductif de l'article 91, prétendait-il, constituait l'élément premier des articles 91 et 92 dont les compétences énumérées de l'article 91 n'étaient que des exemples et les pouvoirs attribués aux provinces par l'article 92 des exceptions. Dès lors, on ne devait pas lire les articles 91 et 92 comme distribuant des domaines de législation mais comme conférant le pouvoir de légiférer pour des fins diverses, que celles-ci relèvent du pouvoir général de l'article 91 ou des autres pouvoirs énumérés. La validité d'une loi devait donc s'apprécier en fonction de sa finalité (son *pith and substance*). Et dans la mesure où toutes les dispositions qu'elle comportait pouvait raisonnablement se rattacher à l'objectif légitime poursuivi, elle devait être maintenue même si, dans le cas d'une loi fédérale, certains aspects de celle-ci pouvaient valablement faire l'objet d'objectifs législatifs provinciaux. D'où l'existence de pouvoirs concurrents, fédéral et provinciaux, que la théorie du double aspect servait à expliquer<sup>201</sup>.

La théorie du droit d'empiéter du fédéral sur des matières de juridiction provinciale pour les fins de ses compétences législatives et les pouvoirs accessoires qui l'accompagnaient, pouvoirs reconnus par le Conseil privé sur la base de la finale de l'article 91<sup>202</sup>, devait faire l'objet d'une sérieuse critique de la part du professeur Laskin. Elle était devenue, selon ses propos, un moyen pour empêcher l'exercice du pouvoir de légiférer en vertu du paragraphe introductif de l'article 91. Puisqu'en adoptant des mesures accessoires à ses compétences législatives le Parlement fédéral était réputé empiéter sur des domaines de juridiction provinciale, il ne devait le faire que dans la mesure où cela était nécessaire pour réaliser ses objectifs législatifs.

---

201. B. LASKIN, *supra*, note 35.

202. *Tenant c. Union Bank of Canada*, *supra*, note 130; *A.-G. Ontario c. A.-G. Canada*, (*Affaire des cessions volontaires*), (1894) A.C. 189; *A.-G. Ontario c. A.-G. Canada* (*Affaire des prohibitions locales*), *supra*, note 21.

La théorie avait donc pour effet, selon le professeur Laskin, d'élargir la zone d'exercice du pouvoir législatif provincial en plus d'opérer une division tortueuse, dans la législation fédérale, entre ce qui relevait de la juridiction exclusive du fédéral et ce qui n'était considéré que comme l'exercice du pouvoir d'empiéter<sup>203</sup>.

La thèse du professeur Laskin qualifiée de centralisatrice avait, bien sûr, ses adeptes<sup>204</sup>. Mais elle avait aussi ses opposants<sup>205</sup> dont Louis-Phillippe Pigeon<sup>206</sup> et Jean Beetz<sup>207</sup> avant qu'ils ne soient nommés juges à la Cour suprême. On reprochait à cette thèse en particulier d'aller à l'encontre du principe de l'autonomie des provinces reconnu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe introductif de l'article 91 attribuait juridiction au Parlement sur des «matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces». Par conséquent, souli-gnait-on, la Constitution opérait un partage de compétences exclusives entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales et l'interprétation des lois devait être axée sur les catégories de sujets attribués à l'un ou l'autre des niveaux de juridiction. Par ailleurs, les principes d'interprétation concernant l'empiètement et les pouvoirs accessoires étaient de nature à permettre au Parlement fédéral d'exercer pleinement ses compétences législatives malgré l'interprétation très large donnée par les tribunaux à l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces règles imposaient certes des limites à la capacité du fédéral d'envahir des domaines de juridiction provinciale. Mais le principe fédéral commandait cette situation<sup>208</sup>.

---

203. *Supra*, note 35, p. 1060-1061.

204. W.P.M. KENNEDY, «The Interpretation of the British North America Act», (1942-44) 8 *Cambridge L.J.* 146; V.C. MacDONALD, «The Constitution in a Changing World», (1948) 26 *R. du B. Can.* 21; A.S. ABEL, «The Neglected Logic of 91 and 92», (1969) 19 *U. of T. L.J.* 487.

205. Elle donna lieu en particulier au célèbre débat Laskin-Mundell. Voir D.W. MUNDELL, «Tests for Validity of Legislation under the British North America Act», (1954) 32 *R. du B. Can.* 813; B. LASKIN, «Tests of the Validity of Legislation: What's the "Matter"?, (1955-56) 11 *U. of T. L.J.* 114; D.W. MUNDELL, «Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin», (1955) 33 *R. du B. Can.* 915.

206. L.-P. PIGEON, *supra*, note 37.

207. J. BEETZ, *supra*, note 37, p. 117-118.

208. Pour des exposés sur les deux thèses dites centralisatrice et décentralisatrice, voir F. CHEVRETTE et H. MARX, *supra*, note 49, p. 288-292; 305-308. Voir aussi: P. CARIGNAN, «La compétence législative en matière de faillite et d'insolvabilité», (1979) 57 *R. du B. Can.* 47; L. HUPPE, «Le pouvoir accessoire en droit constitutionnel canadien», (1985) 63 *R. du B. Can.* 744.

Un point de vue similaire à celui que préconisait le professeur Laskin, mais pour des motifs qui ne rejoignent pas toujours ceux qui inspiraient ce dernier il y a une quarantaine d'années, ressort de la thèse plus récente de Peter W. Hogg dans laquelle celui-ci critique sévèrement la doctrine dite de l'«immunité interjuridictionnelle»<sup>209</sup>. Cette dernière doctrine fait en sorte que certaines lois provinciales d'application générale sont inapplicables dans certains contextes lorsque des matières fédérales sont en cause. C'est ainsi qu'une loi provinciale ne peut s'appliquer à une compagnie fédérale de manière à exiger d'elle un permis pour faire affaire dans une province<sup>210</sup>, qu'elle ne peut imposer aux entreprises fédérales des normes en matière de salaire<sup>211</sup> ou de santé et de sécurité au travail<sup>212</sup>, ni soumettre les Indiens aux dispositions d'une loi relative au partage des biens entre époux quand celles-ci sont de nature à leur faire perdre le droit qu'ils ont d'occuper un emplacement dans une réserve<sup>213</sup>.

C'est au nom de la doctrine du *pith and substance* que Hogg rejette la théorie de l'«immunité interjuridictionnelle» parce qu'elle a été appliquée essentiellement selon son exposé pour refuser l'application de lois provinciales à caractère général. Elle va à l'encontre, souligne-t-il, de l'autre théorie qui veut qu'une loi provinciale peut valablement affecter une matière fédérale. Une loi provinciale ou une loi fédérale devrait être appliquée, souligne-t-il, dès qu'elle est considérée en relation avec une matière de la compétence de l'organe législatif qui l'a adoptée. Inutile dès lors de parler de pouvoirs accessoires ou incidents, les pouvoirs législatifs étant concurrents plutôt qu'exclusifs à l'égard de ces pouvoirs accessoires<sup>214</sup>. Et c'est ici que nous rejoignons la théorie du professeur Laskin que celui-ci a appliquée dans l'arrêt *Papp c. Papp*<sup>215</sup> une fois nommé juge à la Cour d'appel de l'Ontario, pour considérer que le Parlement fédéral pouvait valablement légiférer relativement aux mesures accessoires en matière de divorce. Le test du lien rationnel et fonctionnel dont s'est servi le juge Laskin dans cette affaire fournit pour chaque compétence énumérée, selon Hogg, le pouvoir d'adopter des lois qui ont un impact sur des matières attribuées à l'autre niveau de juridiction<sup>216</sup>.

---

209. *Supra*, note 49, p. 329-332.

210. *John Deere Plow Co. Ltd. c. Wharton*, *supra*, note 103.

211. *Commission du salaire minimum c. The Bell Telephone Co. of Canada*, (1966) R.C.S. 767.

212. *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Bell Canada*, *supra*, note 8.

213. *Derrickson c. Derrickson*, (1986) 1 R.C.S. 285; *Paul c. Paul*, (1986) 1 R.C.S. 306.

214. *Supra*, note 49, p. 331, 334.

215. (1970) 1 O.R. 331 (C.A. Ont.).

216. *Supra*, note 49, p. 335.

Elliot a souligné les lacunes importantes de la thèse de Hogg fondée en particulier sur une analyse bien sommaire de la jurisprudence<sup>217</sup>. Il en a noté les contradictions qu'illustre l'acceptation malgré tout par Hogg de la doctrine du *reading down* qui amène les juges à lire une loi dans le sens de sa validité et à refuser de l'appliquer dans des circonstances où un autre palier de gouvernement a juridiction en la matière<sup>218</sup>. Le rejet par Hogg de la doctrine de l'«immunité interjuridictionnelle» dont il a, sinon inventé la notion du moins imposé le concept<sup>219</sup>, reposerait davantage, en réalité, sur une critique de l'application particulière que les cours en ont donné dans certaines causes<sup>220</sup>. Car il n'est pas exact, comme le démontre abondamment la jurisprudence et comme en convient Hogg lui-même, que les Indiens, les compagnies et les entreprises fédérales, par exemple, bénéficient d'une immunité absolue à l'endroit des lois provinciales. Celles-ci, quand elles étaient d'application générale, ont été jugées leur être applicables quand elles n'étaient pas de nature à les affecter dans leurs aspects essentiellement fédéraux, c'est-à-dire dans ce qui fait l'objet de la compétence exclusive du Parlement fédéral à leur égard<sup>221</sup>.

Mais les tribunaux ont-ils envisagé malgré tout une théorie du double aspect à la manière des professeurs Laskin et Hogg? Il est clair que le Conseil privé a rejeté l'idée d'une théorie du double aspect conçue de façon à mettre en péril le partage des compétences exclusives entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Dès 1916, il déclarait à propos de la théorie: «... (it) is now well established, but none the less ought to be applied only with great caution...»<sup>222</sup>. En déclarant *ultra vires* dans la mesure où elle s'appliquait à une compagnie fédérale, une loi du Manitoba qui interdisait

---

217. R.M. ELLIOT, «Constitutional Law - Division of Powers - Interjurisdictional Immunity, Reading Down and Pith and Substance: *Ontario Public Service Union v. Attorney-General for Ontario*», (1988) 67 *R. du B. Can* 523.

218. *Supra*, note 49, p. 327-329.

219. R.M. ELLIOT souligne, *supra*, note 217, p. 525-526 (note 9), que l'utilisation de cette expression dans le contexte où en parle P.W. Hogg ne se retrouve que récemment dans la jurisprudence qui s'est probablement inspirée de Hogg lui-même. D. GIBSON a bien lui-même utilisé l'expression: voir: «Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism», (1969) 47 *R. du B. Can.* 40, mais il en a parlé surtout dans le contexte où la couronne d'une juridiction (fédérale ou provinciale) peut bénéficier d'une certaine immunité à l'égard des lois de l'autre juridiction (fédérale ou provinciale).

220. Hogg s'en prend plus particulièrement aux décisions rendues en matière de relations de travail et à l'affaire *McKay c. R.*, (1965) R.C.S. 798 où la Cour a jugé qu'un règlement municipal interdisant l'installation de pancartes sur des propriétés résidentielles ne pouvait s'appliquer à l'occasion d'élections fédérales.

221. A titre d'exemples: *Dick c. R.*, (1985) 2 R.C.S. 309; *Compagnie de chemins de fer nationaux du Canada c. Clark*, *supra*, note 4; *Canadian Indemnity Co. c. P.G. Colombie-Britannique*, (1977) 2 R.C.S. 504. Voir P.W. HOGG, *supra*, note 49, p. 519-525; 557-562.

222. *A.-G. Canada c. A.-G. Alberta*, (1916) 1 A.C. 588, p. 596.

la vente d'actions par toute compagnie à charte provinciale ou fédérale, sauf aux conditions prévues dans la Loi et avec le consentement d'un commissaire provincial, il soulignait quelques années plus tard que, bien que la loi ne discriminait pas à l'égard des compagnies fédérales, elle ne pouvait interférer avec les pouvoirs essentiels de celles-ci. Les effets de la loi devaient être pris en considération et non simplement son objet. Ce qui ne signifiait pas pour autant, cependant, que le Parlement fédéral pouvait créer des corporations ayant le pouvoir de se livrer à des activités à l'abri des lois provinciales<sup>223</sup>.

Plus récemment, cependant, des décisions de la Cour suprême du Canada ont pu permettre de penser que les thèses des professeurs Laskin et Hogg allaient recevoir l'appui de la Cour. C'est l'absence de lien rationnel entre l'article 7(e) de la *Loi sur les marques de commerce* et la Loi elle-même qui a amené le juge Laskin dans *Vapor Canada* à considérer cette disposition invalide. C'est parce que l'article 653 du *Code criminel* faisait partie du processus d'imposition de la sentence que le juge Laskin au nom de la majorité, dans *R. c. Zelensky*<sup>224</sup>, l'a déclaré valide. Cette disposition qui permettait à un juge de rendre une ordonnance de dédommagement pour la perte de biens à l'encontre d'un accusé reconnu coupable d'un acte criminel devait être appréciée, soulignait le juge Laskin en rappelant l'arrêt *Papp*, en tenant compte du but de la Loi et de ses liens avec d'autres aspects manifestement valides du procès pénal<sup>225</sup>. Dans sa dissidence, le juge Pigeon appuyé des juges Beetz et Pratte souligna que les ordonnances qu'autorisait l'article 653 visaient nettement à remplacer le recours civil. Il ne s'agissait pas d'un cas où l'on accordait des dommages punitifs mais où on autorisait un tribunal à rendre un jugement civil. Le pouvoir de définir les crimes ne comprenait pas, concluait le juge Pigeon, le pouvoir de légiférer sur les conséquences purement civiles des faits constitutifs du crime et rien ne permettait de considérer que l'article 653 était nécessairement accessoire au plein exercice par le Parlement de ses pouvoirs en matière de droit criminel<sup>226</sup>.

L'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*<sup>227</sup> représentait, semble-t-il, un nouvel élan en faveur de la théorie du double aspect. En jugeant valides les articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*<sup>228</sup> qui obligeaient tout dirigeant d'une compagnie fédérale qui avait utilisé à son

---

223. *A.-G. Manitoba c. A.-G. Canada (Manitoba Securities)*, (1929) A.C. 260.

224. (1978) 2 R.C.S. 940.

225. *Id.*, p. 955, 959.

226. *Id.*, p. 981-982.

227. *Supra*, note 181.

228. S.R.C. 1970, c. C-32.

avantage des renseignements confidentiels à indemniser toute personne de toute perte subie du fait de ce comportement et à rendre compte, le juge Dickson déclara au nom de la majorité<sup>229</sup>:

«La doctrine du double aspect s'applique, comme l'affirme le professeur Lederman, lorsque le contraste entre l'importance relative des deux aspects n'est pas très net. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les aspects «compagnies-valeurs mobilières» des lois fédérale et provinciale relatives aux opérations des dirigeants sont d'importance à peu près égale, il semble n'y avoir aucune raison, au moment d'en examiner la validité, d'en rejeter une et de conserver l'autre.

Bien que *la doctrine du double aspect* ait été appliquée plus souvent dans le domaine de la circulation routière, *il y a suffisamment de précédents pour en justifier l'application dans le domaine de la réglementation provinciale des valeurs mobilières.*»

Dans sa dissidence, le juge Estey, appuyé des juges Beetz et Chouinard, a souligné que les dispositions en cause visaient véritablement à éviter aux membres du public des pertes relativement à leurs investissements dans les compagnies par suite d'agissements irréguliers. Or, il était bien établi depuis l'arrêt *Lymburn c. Mayland*<sup>230</sup> que la réglementation de ce commerce était du ressort des provinces. Les articles 100.4 et 100.5 de la Loi fédérale devaient donc être considérés comme *ultra vires*.

Parallèlement à ces décisions toutefois, le juge Pigeon déclarait en *obiter*, au nom de la majorité dans *R. c. Thomas Fuller Construction Co.*, que l'application de la doctrine du pouvoir accessoire était limitée «à ce qui est vraiment *nécessaire* à l'exercice de l'autorité législative du Parlement»<sup>231</sup>. Le juge Martland dans le jugement qu'il rendait au nom de la Cour dans *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*<sup>232</sup> déclarait *ultra vires* l'article 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants*<sup>233</sup> qui autorisait une cour à imposer une charge financière aux municipalités pour contribuer à l'entretien des jeunes délinquants. Le juge Martland s'est référé à l'affaire *Thomas Fuller* pour rappeler que le pouvoir accessoire était limité à ce qui était vraiment nécessaire à l'exercice efficace de l'autorité législative du

---

229. *Supra*, note 181, p. 182. Les italiques sont de nous.

230. *Supra*, note 119.

231. (1980) 1 R.C.S. 695, p. 713.

232. (1982) 2 R.C.S. 9.

233. S.R.C. 1970, c. J-3.

Parlement<sup>234</sup>. Tel n'était pas le cas en l'espèce, car la disposition empiétait sur un domaine exclusivement réservé aux provinces, soit le droit exclusif de légiférer relativement aux institutions municipales dans la province<sup>235</sup>.

Ces approches irréconciliables n'ont pas empêché les juges d'en arriver à des conclusions identiques comme on peut le constater. C'est ce qu'illustre encore le jugement majoritaire du juge Dickson qu'appuie le juge Beetz dans l'affaire *Rio Hotel Ltd. c. La Commission des licences et permis d'alcool*<sup>236</sup>. On décide qu'en vertu de la théorie du double aspect une loi provinciale peut très bien prévoir pour l'obtention d'une licence de divertissement des conditions spécifiant le degré de nudité acceptable, même si le *Code criminel* renferme des dispositions concernant la nudité. C'est ce qui ressort également de l'arrêt *Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario c. P.G. Ontario*<sup>237</sup> où l'on décide à l'unanimité que la province peut interdire à ses fonctionnaires, sauf à certaines conditions, de participer aux activités d'un parti politique fédéral ou provincial. C'est pour des motifs différents toutefois que les juges en arrivent à cette conclusion<sup>238</sup> et dans un jugement séparé le juge Dickson profite de l'occasion pour signaler son accord avec la thèse de Hogg en ces termes<sup>239</sup>:

«Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l'exclusivité des compétences et celui de l'immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celle des «compartiments étanches» restreignent l'étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n'ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l'effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d'aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative.»

---

234. *Supra*, note 232, p. 18.

235. 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

236. (1987) 2 R.C.S. 59.

237. (1987) 2 R.C.S. 2.

238. Pour le juge Beetz, au nom de la majorité, les dispositions en cause relevaient des pouvoirs de la province en vertu des articles 92(1) et 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour le juge Dickson, les para. (4) et (13) de l'art. 92 fondaient la validité de ces dispositions. Et pour le juge Lamer, l'art. 92(4) suffisait à justifier les dispositions en question.

239. *Id.*, p. 18.



Les affaires *Commission sur la santé et la sécurité du travail c. Bell Canada*<sup>240</sup> et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Clark*<sup>241</sup> rendues subséquemment pouvaient permettre de penser toutefois que la théorie du double aspect ainsi envisagée ne retenait pas l'adhésion de la Cour suprême. Dans *Bell Canada*, le juge Beetz au nom de la Cour décide que les dispositions de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*<sup>242</sup> du Québec ne s'appliquent pas à une entreprise fédérale, cette Loi pouvant être considérée comme relative aux relations de travail qui, à l'égard d'une entreprise fédérale, relèvent de la juridiction exclusive du Parlement fédéral. La théorie du double aspect ne peut permettre d'appliquer les dispositions en cause de la Loi provinciale même si l'on pouvait estimer qu'il n'y a pas de conflit entre celle-ci et le *Code canadien du travail*<sup>243</sup>. La théorie du double aspect, souligne le juge Beetz, doit être utilisée avec prudence et «ne doit pas avoir pour effet de créer des champs de compétences conjointes [...] (Elle) ne peut être invoquée que lorsqu'elle constitue une mise en oeuvre du principe même de l'exclusivité des compétences. Comme son nom l'indique, elle ne saurait s'appliquer que dans les cas clairs où la pluralité des aspects est réelle et non pas seulement nominale»<sup>244</sup>. Par ailleurs, il rejette clairement la critique de Hogg à l'endroit de la théorie de l'«im-munité interjuridictionnelle» particulièrement en ce qui concerne les entreprises fédérales en soulignant que Hogg commet l'erreur de s'abstenir de définir le contenu de la compétence législative exclusive du Parlement sur ces entreprises<sup>245</sup>. «C'est parce que ce pouvoir du Parlement est exclusif», observe-t-il, «qu'il écarte celui des législatures tant pour leurs lois d'application générale que pour leurs lois d'application particulière en autant qu'elles touchent à une partie essentielle d'une entreprise fédérale»<sup>246</sup>. Le juge Beetz retient, par ailleurs, la théorie des pouvoirs accessoires qui pourrait sans doute permettre au Parlement fédéral d'instaurer un régime d'indemnisation des victimes d'accident du travail<sup>247</sup>.

---

240. *Supra*, note 8.

241. *Supra*, note 4.

242. L.Q. 1979, c. 63.

243. S.R.C. 1970, c. L-1. Le juge Beetz laisse entendre cependant, p. 866-867, qu'il y aurait un conflit de procédure entre les deux lois qui rendrait la loi provinciale inopérante.

244. *Supra*, note 8, p. 766.

245. *Id.*, p. 839.

246. *Id.*, p. 840.

247. *Id.*, p. 849. Pour une analyse de l'arrêt, voir: E. EDINGER, «Constitutional Law - Division of Powers - Application of Provincial Legislation on Safety in the Workplace to Federal Works and Undertakings: *Bell Canada v. Commission de la santé et de la sécurité du travail*; *Canada National Railway Co. v. Courtois*; *Altrans Express Ltd. v. Workers' Compensation Board of British Columbia*», (1989) 68 R. du B. Can. 631.

Dans *Clark*, la Cour décide à l'unanimité qu'un délai de prescription prévu dans une loi provinciale à l'égard des actions en dommages-intérêts pour blessures fondées sur cette loi s'applique à une entreprise fédérale. L'article 324(1) de la *Loi sur les chemins de fer*<sup>248</sup> qui prévoit un délai de prescription différent reçoit une interprétation atténuée, en application de la doctrine du *reading down*, de manière à ne s'appliquer qu'aux causes d'action validement créées par la *Loi sur les chemins de fer*. La Cour rappelle l'affaire *Bell Canada* pour dire que la Loi provinciale en cause n'empiète pas sur la gestion et l'exploitation de l'entreprise de chemins de fer qui est assujettie aux lois provinciales d'application générale qui ne l'atteignent pas dans sa dimension spécifiquement fédérale<sup>249</sup>.

De cette jurisprudence antérieure à *City National Leasing*, on peut conclure que tant la théorie du double aspect que celles de l'empiètement et des pouvoirs accessoires subsistaient toujours. Toutefois, quant à une théorie du double aspect susceptible de favoriser la multiplication de pouvoirs concurrents justifiant des empiètements fédéraux dans des domaines de juridiction provinciale en fonction des objectifs poursuivis par le législateur fédéral plutôt qu'en fonction de l'analyse des compétences spécifiques attribuées par la Constitution à ce dernier, on peut dire qu'elle a eu gain de cause sous la plume particulièrement des juges Laskin et Dickson. Elle n'a pas été retenue par les juges Beetz et Pigeon dont la thèse a semblé l'emporter dans l'arrêt *Bell Canada*. Mais le juge Dickson dans l'affaire du *Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario* a semblé dire qu'il était prêt à vivre avec la théorie de l'immunité interjuridictionnelle pour les compagnies et les entreprises fédérales<sup>250</sup>. Voilà pourquoi on a pu croire que l'arrêt *Bell Canada* ne permettait peut-être pas de prétendre que l'opinion du juge Dickson à ce sujet était définitivement rejetée<sup>251</sup>. La décision que rend la Cour suprême dans *City National Leasing* donne raison à ce point de vue.

### 3.1.2 L'arrêt *City National Leasing* et ses conséquences.

Tenant de déterminer si l'article 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui crée un recours civil en faveur de la personne qui a subi un préjudice par suite d'un comportement contraire à la Loi, le juge Dickson prescrit la méthode à suivre pour décider de la question. On doit d'abord voir si la disposition contestée peut être considérée comme empiétant sur les

---

248. S.R.C. 1970, c. R-2.

249. *Supra*, note 4, p. 707-708.

250. *Supra*, note 237, p. 16-19.

251. R.M. ELLIOT, *supra*, note 217, p. 544 (note 82).

pouvoirs provinciaux et dans quelle mesure, si tel est le cas. Si l'empiètement est négligeable, un rapport «fonctionnel» entre la disposition en cause et la Loi dans laquelle elle s'insère peut suffire à la justifier alors que si l'empiètement est considérable, un critère plus strict peut être examiné. Il faut par ailleurs se demander si la disposition en cause s'inscrit dans un système de réglementation valide. Si elle n'est pas suffisamment intégrée au système de réglementation, elle ne peut être maintenue<sup>252</sup>.

Dans la détermination du critère approprié pour décider si une disposition dans une loi fédérale empiète légitimement sur les pouvoirs des provinces, le juge Dickson rappelle que dans un régime fédéral «la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier de gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un Etat fédéral»<sup>253</sup>. Et se rappelant ce qu'il a dit dans *Syndicat de la fonction publique de l'Ontario c. P.G. Ontario*, se référant également à Hogg, il déclare<sup>254</sup>:

*«... la question soulevée dans ce pourvoi, c'est-à-dire dans quelle mesure une loi fédérale peut valablement empiéter sur les pouvoirs de la province constitue une partie de la notion générale du «caractère véritable» de la loi, c.-à-d. de la théorie selon laquelle une loi qui, de par son caractère véritable, est fédérale sera maintenue même si elle touche à des matières qui paraissent constituer des sujets légitimes de législation provinciale (et vice versa) [...] Je tiens à souligner qu'on ne doit pas considérer que ces remarques ont pour effet de modifier l'équilibre des pouvoirs constitutionnels. Les gouvernements fédéral et provinciaux partagent la même capacité de légiférer de façons qui peuvent accessoirement toucher au domaine de compétence de l'autre [...]*

*Dans le présent pourvoi, l'appelante concentre son attaque sur un article particulier de la Loi. La question est de savoir non pas si la Loi dans son ensemble est inconstitutionnelle parce qu'elle va trop loin mais si une disposition particulière est assez intégrée à la Loi pour justifier sa constitutionnalité.»*

Puis parlant des arrêts qui ont établi des conditions à l'exercice par le Parlement fédéral de son pouvoir d'empiéter, le juge en chef note que

---

252. *Supra*, note 13, p. 663-672.

253. *Id.*, p. 669.

254. *Id.*, p. 669-670. Les italiques sont de nous.

ceux-ci établissent des critères qui varient «un peu» allant du «lien rationnel et fonctionnel» dont ont parlé les arrêts *Papp*, *Zelensky*, *Multiple Access*, à celui de l'«accessoire», du «nécessairement accessoire» et du «vraiment accessoire» de l'arrêt *Municipalité régionale de Peel*, en passant par le «lien étroit», la «partie intégrante» et le «nécessairement accessoire» des arrêts *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*<sup>255</sup> et *Clark*, le caractère de «disposition additionnelle» de *Vapor Canada* et le «vraiment nécessaire» de l'arrêt *Thomas Fuller Construction*. De cette jurisprudence, il conclut<sup>256</sup>:

«Ces arrêts doivent s'interpréter comme énonçant le critère applicable dans le contexte particulier dont il est question, et non pas comme tentant de formuler un critère d'application générale à tous les contextes. Les critères qu'ils établissent ne sont donc pas identiques. Puisque la gravité de l'empiètement sur les pouvoirs provinciaux varie, il en va de même du critère requis pour maintenir un équilibre constitutionnel approprié. En examinant la jurisprudence antérieure, il faut s'attendre à trouver des exemples de modèles entre le critère de concordance approprié et le chef de compétence en vertu duquel la loi fédérale est valide.»

L'application de ces critères amène le juge Dickson à déclarer que l'article 31.1 qui crée un recours de droit civil est suffisamment intégré au système établi par la Loi pour se justifier sur le plan constitutionnel. Le simple fait qu'il puisse s'appliquer à des opérations qui se déroulent entièrement dans une seule province ne compromet pas sa validité. Mais on aura remarqué jusqu'à quel point le juge Dickson simplifie la jurisprudence de la Cour en matière de partage des compétences ces dernières années en parlant de celle-ci comme établissant des critères qui varient «un peu». Comme si cette jurisprudence ne reflétait pas deux conceptions bien différentes du fédéralisme et du rôle de la Cour dans l'interprétation de la Constitution. Et comme si le juge Beetz n'avait pas mis en garde dans *Bell Canada* contre une conception de la théorie du double aspect susceptible, au bout du compte, d'élargir les pouvoirs fédéraux. Car la méthode suggérée par le juge Dickson pour juger de la validité des empiètements fédéraux dans les domaines de juridiction provinciale découle, à vrai dire, d'une acceptation de la théorie du double aspect telle que préconisée par les professeurs Laskin et Hogg. C'est la fin poursuivie par le législateur fédéral dans le cadre de ses compétences législatives qui est de nature à justifier ses empiètements et non la détermination du contenu d'une compétence

---

255. (1989) 1 R.C.S. 115.

256. *Supra*, note 13, p. 671.

attribuée par la Constitution en fonction de sa raison d'être. Une différence de degré mais qui peut entraîner des conséquences importantes.

La première de ces conséquences est de permettre la création de domaines de juridiction partagée. C'est ainsi que la «concurrence» devient une matière sur laquelle peuvent légiférer tant le Parlement fédéral que les législatures provinciales. Dans la mesure où elle a des liens avec le commerce qui intéresse le Canada tout entier, elle relève de la juridiction du Parlement fédéral. Dans la mesure aussi où elle peut avoir des liens avec la protection du consommateur, les relations de travail, la commercialisation, comme le note le juge Dickson<sup>257</sup>, elle peut aussi relever de la juridiction des provinces. C'est pour cela que des matières comme l'assurance ou le commerce des valeurs mobilières que le Conseil privé avait considérées comme relevant du domaine des contrats et qui, par le fait même, devaient être rattachées à la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils pourraient également faire l'objet de législations fédérales sans porter nécessairement sur les aspects interprovinciaux ou internationaux de ces matières puisque *City National Leasing* reconnaît une compétence générale au Parlement fédéral en vertu de l'article 91(2). De plus, le Parlement fédéral n'est pas réputé empiéter dans des domaines de juridiction provinciale puisque ces sujets deviennent des domaines concurrents comme le signale le juge Dickson dans *Multiple Access* à propos des valeurs mobilières. En légiférant relativement à ces matières, dans la mesure où elles étaient considérées comme relevant de l'autorité exclusive des provinces en vertu de 92(13), le Parlement fédéral ne pouvait qu'empiéter dans des domaines qui n'étaient pas de son ressort et devait justifier ses empiètements par une compétence que lui attribuait l'article 91, soit, par exemple, le pouvoir de légiférer sur les compagnies fédérales ou sur les aubains en ce qui concerne les corporations étrangères. Mais si la concurrence, les assurances, les valeurs mobilières sont des domaines partagés, le Parlement fédéral n'empiète plus sur des matières réservées aux provinces en légiférant sur celles-ci. Il légifère plutôt en vertu de 91(2) sur des matières qui l'autorisent à empiéter sur des domaines de juridiction provinciale.

La deuxième conséquence de l'acceptation d'une théorie élargie du double aspect est de rendre pratiquement inutile la théorie des pouvoirs accessoires. En effet, malgré l'utilisation par le juge Dickson des termes «droit d'empiéter» et «pouvoirs accessoires», celui-ci n'en propose pas moins une méthode pour déterminer la validité d'un empiètement qui s'éloigne de la théorie classique voulant qu'un empiètement s'apprécie en

---

257. *Supra*, p. 682.

fonction du pouvoir conféré par la Constitution et de la nécessité qu'il y a pour le législateur fédéral, s'il veut que sa législation soit efficace, d'adopter des mesures qui normalement relèveraient de l'autorité des provinces. Au fond, c'est le législateur lui-même qui détermine l'étendue de ses pouvoirs accessoires. Les deux tests que suggère le juge Dickson pour déterminer si un empiétement du fédéral dans un domaine de juridiction provinciale se justifie illustrent cette affirmation. L'un qui s'applique si l'empiétement est minime. Dans un tel cas, l'empiétement doit répondre au simple critère du lien fonctionnel, celui appliqué dans *Papp*, *Zelensky* et *Multiple Access*. Dans *City National Leasing*, il estime que la disposition en cause empiète de façon restreinte sur la compétence des provinces en matière de droits civils et il n'a pas de mal à conclure qu'elle a un rapport fonctionnel avec l'objectif général de la loi, avec sa structure et son contenu. L'autre test, le critère du «nécessairement accessoire», devrait s'appliquer quand l'empiétement est important. A cet égard, le juge Dickson estime que même si ce test était requis dans le cas qui lui est soumis, il serait satisfait puisque l'article 31.1 de la Loi sert à renforcer les autres sanctions prévues dans celle-ci et répond au souhait exprimé par le Conseil économique du Canada d'accroître l'efficacité de la Loi en créant un tel recours civil. On revient donc à l'objectif poursuivi par le législateur comme test pour juger de la validité de l'empiétement. On a bien plaidé que la Loi avait été appliquée pendant soixantequinze ans sans disposition comparable et que par le fait même on ne pouvait prétendre que le recours qu'elle créait avait quelque chose de nécessairement accessoire. Mais cet argument a été rejeté du revers de la main par le juge Dickson en déclarant qu'il n'y avait pas d'obstacle constitutionnel à la modification des dispositions réparatrices en vue de les adapter aux réalités économiques changeantes<sup>258</sup>.

En reconnaissant que les provinces détiennent des pouvoirs accessoires au même titre que le Parlement fédéral, le juge Dickson n'élargit pas la sphère de juridiction des provinces. En réalité, on a reconnu à maintes reprises qu'une loi provinciale pouvait affecter d'une manière incidente une matière fédérale. Si on ne parlait pas de pouvoirs accessoires dans le cas des provinces, c'est bien parce qu'on fondait l'existence de ces pouvoirs en faveur du fédéral sur la finale de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce dont les provinces ne pouvaient évidemment se réclamer. Ce qui n'a pas empêché toutefois plusieurs auteurs de soutenir que de tels pouvoirs existaient finalement en faveur des provinces puisque les tribunaux n'avaient pas hésité à appliquer des lois provinciales dans des circonstances où une

---

258. *Id.*, p. 688.

matière fédérale pouvait être sérieusement affectée<sup>259</sup>. Qu'on pense par exemple à l'application aux compagnies fédérales de lois provinciales qui expropriaient entièrement leurs biens de manière à les paralyser dans leurs activités<sup>260</sup>.

La reconnaissance par le juge Dickson d'une théorie du double aspect qui ressemble à celle préconisée par les professeurs Laskin et Hogg ne signifie pas pour autant que le juge Dickson rejette totalement la théorie de l'«immunité interjuridictionnelle» telle que décrite et décriée par Hogg. Il la rejette, bien sûr, quand il s'agit de déterminer si le gouvernement d'une province est soumis aux lois valablement adoptées par le Parlement fédéral comme il le décide dans *Alberta Government Telephones*. Mais il la maintient à l'endroit des entreprises fédérales. En témoigne la décision qu'il rend au nom de la majorité dans *P.G. Québec c. Irwin Toy Ltd.*<sup>261</sup> Dans cette affaire, la Cour suprême déclare applicable aux annonceurs une disposition de la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>262</sup> du Québec qui interdit la publicité commerciale destinée aux enfants. Le juge Beetz appuie le juge McIntyre dans sa dissidence mais pour un motif relié à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans son jugement, le juge Dickson souligne que les règlements en question ne sauraient s'appliquer aux télédiffuseurs puisque la publicité télévisée, déclare-t-il, est un élément essentiel d'une entreprise fédérale<sup>263</sup>. S'appuyant sur *Bell Canada*, il rappelle que le Parlement fédéral a compétence exclusive en ce qui concerne les éléments vitaux ou essentiels d'une entreprise fédérale, y compris sa gestion. Mais dans le cas en l'espèce, il s'agit de savoir si ces règlements peuvent s'appliquer aux annonceurs. Rien ne s'y oppose, conclut-il, même si cela affecte incidemment les revenus des télédiffuseurs. Car, affirme-t-il, «lorsque la loi provinciale n'a pas pour objet de s'appliquer à une entreprise fédérale, son effet accessoire, même à l'égard d'un élément essentiel de l'exploitation de l'entreprise, n'aura normalement pas pour effet de rendre la loi provinciale *ultra vires*»<sup>264</sup>.

---

259. F. CHEVRETTE et H. MARX, *supra*, note 49, p. 306; H. BRUN et G. TREMBLAY, *supra*, note 49, p. 347; F.P. VARCOE, *The Constitution of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1965, p. 72.

260. *Canadian Indemnity*, *supra*, note 221; *Re Uppper Churchill Water Rights Reversion Act*, (1984) 1 R.C.S. 297; *Société Asbestos Ltée c. La société nationale de l'amiante*, (1981) C.S. 43 (Permission d'en appeler de la décision refusée par la Cour suprême du Canada, [1981] 1 R.C.S. v).

261. *Supra*, note 10.

262. L.R.Q. c. P.-40.1.

263. *Supra*, note 10, p. 957.

264. *Id.*, p. 955.

Au fond, dans le cas des entreprises fédérales, comme dans le cas des compagnies fédérales selon ce qu'indiquent certains de ses commentaires dans *Irwin Toy* même<sup>265</sup>, le juge Dickson consent à se prêter à l'analyse de la compétence exclusive du Parlement fédéral en ces matières pour déterminer les limites de l'applicabilité des lois provinciales. Mais il refuse de faire cette analyse à propos de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils en regard de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce: les articles 91(2) et 92(13) semblent ainsi donner lieu à des zones de juridiction concurrentes favorisées par une théorie du double aspect revalorisée.

Une telle vision des choses risque, malgré ce qu'affirme le juge Dickson, de modifier de façon importante l'équilibre du partage des compétences, en particulier quand on sait que la règle de la prépondérance joue en faveur du fédéral, règle qui semble revalorisée, elle aussi, par des jugements récents comme nous allons le voir maintenant.

### 3.3 La règle de la prépondérance.

La règle joue quand il y a conflit entre une loi ou une disposition fédérale valide et une loi ou une disposition provinciale valide. La loi ou la disposition provinciale devient alors inopérante<sup>266</sup>. Ces dernières années, il faut l'admettre, les tribunaux ont réduit le nombre de cas où l'on pouvait estimer qu'un conflit entraînait l'inapplicabilité d'une législation provinciale. L'affaire *Multiple Acces* a établi qu'il devait y avoir conflit opérationnel entre une loi fédérale et une loi provinciale pour que cette dernière cesse de s'appliquer. Autrement dit, il y a conflit quand, en obéissant à une loi, on désobéit à l'autre.

Mais le législateur fédéral peut-il légiférer de manière à prévoir que les seules normes qui s'appliqueront à l'égard d'un sujet donné sont celles qu'il édicte ou, à l'égard d'une matière pour laquelle il a prévu des dispositions dans une loi, seules les règles qu'il a établies auront force de loi? La question s'est posée à propos de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*<sup>267</sup> qui déclare applicables aux Indiens toutes les lois provinciales d'application générale sous réserve de certaines exceptions. Une de ces exceptions que l'on retrouve à la finale de cette disposition est rédigée en ces termes: «et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant». Parce que la *Loi sur les*

---

265. *Id.*, p. 956-957.

266. *A.-G. Ontario c. A.-G. Canada (Affaire des prohibitions locales)*, *supra*, note 21.

267. S.R.C. 1970, c. I-6.



*Indiens* ou les règlements adoptés en vertu de celle-ci prévoit des dispositions concernant la chasse dans une réserve, est-ce à dire qu'aucune loi provinciale en ce domaine ne peut s'appliquer dans les réserves indiennes en raison de la finale de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*? Appliquer la loi provinciale dans un tel cas ne signifie-t-il pas désobéir à la loi fédérale?

Dans l'arrêt *Dick c. R.*<sup>268</sup>, le juge Beetz au nom de la Cour a estimé qu'il fallait donner à la finale de l'article 88 une interprétation compatible avec les principes établis en matière constitutionnelle [...] «Ce n'est pas parce que la *Loi sur les Indiens* occupe déjà le domaine», affirmait-il, «que le législateur fédéral pourrait invoquer la prépondérance de celle-ci sur les lois provinciales. Il faudrait à cet égard un conflit d'application»<sup>269</sup>. Ces propos ont été interprétés comme signifiant que le Parlement fédéral ne peut se protéger de la capacité des lois provinciales d'affecter une matière qui relève de sa juridiction autrement qu'en établissant lui-même une norme incompatible<sup>270</sup>. En cela, le juge Beetz rejetait le point de vue exprimé à ce sujet par quelques auteurs dont Hogg<sup>271</sup>.

Le point de vue du juge Beetz se justifiait fort bien. Dans la mesure où l'on admettait que le législateur fédéral pouvait, *accessoirement* à sa compétence exclusive sur les Indiens et sur les terres réservées aux Indiens<sup>272</sup>, réglementer la chasse dans les réserves indiennes puisque l'affaire *Dick* mettait en cause des droits de chasse, il ne pouvait empêcher l'application d'une loi provinciale en matière de chasse qui relève de l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sans avoir lui-même édicté une norme contraire valide qui n'aurait été qu'un accessoire à sa compétence exclusive sur les Indiens et sur les terres réservées aux Indiens.

Des décisions récentes, cependant, semblent remettre en cause ce principe. Dans l'affaire *Francis c. R.*<sup>273</sup>, le juge La Forest déclare applicable comme telle dans une réserve indienne, et non comme loi fédérale, une loi provinciale en matière de circulation routière malgré un règlement adopté en vertu de la *Loi sur les Indiens* qui incorpore par renvoi ou adopte les

---

268. *Supra*, note 221.

269. *Id.*, p. 328.

270. M. PATENAUDE, «Les indiens et le droit provincial: rebondissement récent en Cour suprême du Canada», (1986) 27 *C. de D.* 381; R.M. ELLIOT, *supra*, note 217, p. 541-542 (note 69).

271. K.M. LYSYK, «The Unique Constitutional Position of The Canadian Indian», (1967) 45 *R. du B. Can.* 513, p. 545-547; P.W. HOGG, *supra*, note 49, p. 561-562; P. HUGHES, «Indians and Lands Reserved for the Indians: Off-Limits to the Provinces?», (1983) 21 *Osgoode Hall L.J.* 82, p. 93.

272. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

273. (1988) 1 R.C.S. 1025.

règlements provinciaux sur la circulation à titre de lois fédérales. «Le simple fait que le gouvernement fédéral ait adopté les lois provinciales sur la circulation n'exprime pas», souligne-t-il, «une intention suffisante qu'il désirait occuper le domaine de façon exclusive». Le juge La Forest se réfère au professeur Laskin qui déclarait à ce sujet: «It may be the better part of wisdom.. to require the federal Parliament to speak clearly if it seeks, as it constitutionally can demand, paramountcy for its policies»<sup>274</sup>. Peut-on penser dès lors que le Parlement fédéral aurait pu valablement dire qu'il entendait occuper entièrement le domaine de manière à empêcher l'application de toute loi provinciale? Il semble que oui selon ce qui se dégage des propos du juge La Forest.

Ce point de vue est confirmé par ce qu'affirme le juge Dickson dernièrement dans *Irwin Toy*. La question s'est posée de savoir si les dispositions en cause de la loi provinciale venaient en conflit avec le *Code de l'Association canadienne des radiodiffuseurs* que le CRTC a accepté dans sa réglementation. Ce code s'applique tant aux télédiffuseurs qu'aux annonceurs et prévoit des normes moins exigeantes que celles du Québec en ce qu'il n'interdit pas toute forme de publicité commerciale destinée aux enfants. Le juge Dickson déclare à ce sujet<sup>275</sup>:

«Si le CRTC avait adopté le *Code de la publicité destinée aux enfants* non pas comme «supplément (...) à toutes les lois et à tous les règlements, tant fédéraux que provinciaux, régissant la publicité» mais comme la seule norme minimale applicable, la question du conflit et de l'incompatibilité opérationnelle aurait pu véritablement se poser [...] Ni les télédiffuseurs ni les annonceurs ne se trouvent dans une situation où ils doivent contrevenir à une série de normes pour se conformer à l'autre. Si chaque groupe se conforme aux normes qui lui sont applicables, il ne peut jamais y avoir de conflit entre les normes. Ce n'est que si les annonceurs tentent de se conformer seulement à la norme moins exigeante applicable aux télédiffuseurs qu'il y a conflit. *Dans la mesure où le gouvernement fédéral ne tente pas de faire de cette norme moins élevée la seule applicable, il n'y a aucune raison d'invoquer la théorie de la prépondérance.*»

On doit sans doute comprendre de ces propos que le Parlement fédéral pourrait valablement prévoir qu'aucune norme plus sévère que celle qu'il

---

274. «Occupying the Field: Paramountcy in Penal Legislation», (1963) 41 *R. du B. Can.* 234, p. 263.

275. *Supra*, note 10, p. 963-964.

impose n'est applicable aux annonceurs. A l'égard des télédiffuseurs, il n'a pas besoin de le préciser puisque le contenu des émissions de télévision, comme le confirme l'arrêt, relève de sa compétence exclusive en matière de télédiffusion.

Ce qui semble être le point du vue du juge Dickson à l'égard des annonceurs nous apparaît difficilement acceptable dans la mesure où le Parlement fédéral quand il légifère à leur sujet, il le fait accessoirement à sa compétence en matière de télédiffusion. Pour les fins de sa compétence législative, en effet, il légifère dans un domaine qui relève normalement des provinces. Il nous semble inapproprié dès lors qu'il puisse empêcher l'application de normes plus exigeantes que les provinces ont parfaitement le droit d'édicter en vertu d'un pouvoir qui leur est propre, la propriété et les droits civils.

Mais ce qu'exprime le juge Dickson peut très bien se comprendre si l'on admet comme critère pour juger de la validité des normes qu'édicte le Parlement fédéral à l'endroit des annonceurs la fin qu'il poursuit plutôt que le contenu de la compétence législative que lui confère la Constitution en matière de télédiffusion. La publicité devient dès lors un domaine de compétence partagée comme la concurrence. En légiférant sur la publicité produite par les annonceurs, le Parlement légifère pleinement en vertu de sa compétence en matière de télédiffusion.

On a souligné que l'existence de pouvoirs concurrents était peu conciliable avec l'idée de pouvoirs accessoires<sup>276</sup>. Il nous semble que les points de vue exprimés par les juges La Forest et Dickson dans les affaires *Francis* et *Irwin Toy* illustrent ce propos. Si ces points de vue devaient prévaloir, on voit quel impact ils auraient en matière économique. Ainsi, le Parlement fédéral pourrait faire de sa Loi en matière de concurrence la seule loi applicable dans le domaine en respectant bien sûr les critères établis par la Cour suprême dans *City National Leasing*. Il pourrait faire de même, vraisemblablement, en matière de valeurs mobilières, d'assurance et peut-être aussi en matière de relations de travail puisque celles-ci ont un impact important sur les questions économiques.

## CONCLUSION

Il est incontestable que les jugements rendus par la Cour suprême dans *Crown Zellerbach* et *City National Leasing* marquent un pas important vers l'unification du pays, du moins sur le plan juridique. Ce que la Cour nous

---

276. L. HUPPE, *supra*, note 208, p. 759-760.

livre dans ces jugements, ce n'est pas une simple application de règles de la Constitution relatives au partage des compétences à des cas d'espèce, application dont on pourrait questionner la sagesse. Ce qu'elle fait véritablement, c'est, dans un cas, transférer au fédéral des compétences législatives qui appartenaient aux provinces et, dans l'autre cas, attribuer au fédéral un pouvoir qui ne lui avait jamais été reconnu véritablement par la jurisprudence autrement que dans quelques *obiter dicta*. Le paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* devient pour elle la source de pouvoirs fédéraux dans des matières locales qui ont atteint une dimension nationale. L'article 91(2) de ladite loi confère au Parlement fédéral à ses yeux pleine compétence pour légiférer sur les échanges et le commerce en général même dans leurs aspects intraprovinciaux, et cela dans l'intérêt national. La réévaluation qu'elle fait, par ailleurs, de certains principes d'interprétation en matière de partage des compétences devrait garantir à ces nouveaux pouvoirs fédéraux toute l'ampleur qu'elle leur attribue et assurer l'efficacité des lois fédérales adoptées dans l'intérêt de la nation.

C'est une modification radicale de la Constitution qu'opère la Cour en réinterprétant de la sorte, à l'encontre de forts courants jurisprudentiels, le paragraphe introductif de l'article 91 et le paragraphe 2 de cette disposition. Elle obéit en cela à une abondante doctrine essentiellement anglo-canadienne que le contexte du libre-échange amène depuis quelques temps à parler beaucoup plus fort. Et elle se lance dans cette aventure en s'abstenant de tenir compte des articles 52 et 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 52(3) déclare que «La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle». L'article 38 prévoit la procédure à suivre pour modifier des règles de la Constitution relatives au partage des compétences. Il donne aux provinces le droit de se retirer de tout amendement susceptible de déroger à leurs compétences législatives. A quoi peut bien servir dans la Constitution une formule d'amendement que peut ignorer à sa guise la Cour suprême? Sans doute la Cour est-elle consciente des difficultés que représente au Canada l'obtention du consensus requis à tout amendement constitutionnel, difficultés qu'illustrent les déboires de l'Accord du Lac Meech. Mais comment peut-elle imposer au pays de son propre chef une nouvelle Constitution modelée, il faut bien le dire, sur le modèle américain. Car, ce que nous révèlent les décisions récentes, c'est qu'on devra de plus en plus se référer à la jurisprudence américaine pour déterminer l'étendue des pouvoirs législatifs conférés par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Déjà, la Cour suprême nous avait habitués à examiner celle-ci pour interpréter la *Charte canadienne des droits et libertés* à la lumière du *Bill of Rights* américain. Voilà maintenant que les rapports entre le fédéral et les

provinces devront suivre eux aussi le modèle américain des relations entre Washington et les Etats qui lui sont subordonnés.

Mais ce que vient de faire la Cour suprême n'a peut-être plus beaucoup d'importance. La Constitution ne lui appartient pas, encore moins n'appartient-elle à l'un de ses juges fût-il le juge en chef. Ce n'est pas elle qui réglera les problèmes majeurs auxquels est confronté le Canada à l'heure actuelle qui pourrait bien connaître lui aussi sa *perestroïka*. A cet égard, les propos que tenaient le professeur Jean Beetz en 1965, avant qu'il ne soit nommé juge à la Cour suprême, revêtent à l'heure actuelle un caractère prophétique. Soulignant les lacunes du fédéralisme qui aboutit à l'absence de gouvernement parce que personne n'a l'autorité requise pour établir une priorité, un choix, Jean Beetz écrivait<sup>277</sup>:

«Les lacunes politiques que suppose le fédéralisme commencent de le (le Canada) faire souffrir et il est à prévoir que la douleur deviendra de plus en plus cuisante [...]

Si j'ai raison de soutenir que le principe fédéral comporte des lacunes théoriques qui sont en train de produire des conséquences pratiques au Canada, il faut combler ces lacunes par une atténuation ou une suppression du principe fédéral. Or l'atténuation ou la suppression du principe fédéral ne peut signifier que l'éclatement ou la centralisation du Canada. Et la centralisation veut dire pour le Québec l'assimilation. Je veux bien que la centralisation soit affaire de degré et non de nature, mais je doute que le Québec soit dans les dispositions requises pour transiger, même en termes de degrés, de ce qui peut signifier son assimilation.

Si le reste du Canada écarte certaines formes de centralisation, l'on peut douter qu'il subsiste indéfiniment comme état indépendant. Alors il est à craindre qu'il n'entraîne avec lui le Québec, et devant cette perspective, il est à prévoir que le Québec se sépare graduellement d'avec la Confédération. Il est plutôt normal que le reste du Canada veuille subsister et qu'il optera pour la centralisation. Dans ce cas, il est douteux que le Québec puisse résister bien longtemps à un processus accéléré d'assimilation et subsister comme collectivité distincte, et il paraît probable qu'il songe à quitter la Confédération de façon moins graduelle.»

---

277. *Supra*, note 37, p. 137-138.

C'est l'avenir du pays même qui est en jeu en ce moment. Et ce pays ressemblera ou ne ressemblera pas à l'image que s'en fait la Cour suprême. Mais ce n'est pas elle qui rendra le jugement définitif à ce sujet.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE CONTRÔLE DE LA COHÉRENCE DÉCISIONNELLE AU SEIN DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

**Auteur(s) :** Suzanne COMTOIS

**Revue :** RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 1

**Pages :** 77-95

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13433>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13433>

*Page vide laissée intentionnellement.*



# **LE CONTROLE DE LA COHERENCE DECISIONNELLE AU SEIN DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS\***

par Suzanne COMTOIS\*\*

## **INTRODUCTION**

Pour les fins qui nous intéressent, la notion de cohérence décisionnelle réfère non pas à la logique interne d'une décision prise isolément, mais plutôt à la cohérence de cette décision par rapport aux autres décisions rendues par le tribunal dans des dossiers similaires.

La cohérence décisionnelle au sein d'un tribunal administratif est un objectif souhaitable tant dans l'intérêt des parties et des décideurs que dans l'intérêt de la justice. Elle favorise l'équité ou l'égalité de traitement et, comme le soulignait le professeur Janisch<sup>1</sup>, elle permet aux parties de planifier leurs actions dans une atmosphère de stabilité et de prévisibilité; elle inculque aux décideurs l'importance de l'objectivité et aide à prévenir les décisions arbitraires ou irrationnelles; elle contribue à bâtir la confiance du public dans l'intégrité du système de justice administrative et laisse une impression de bon sens et de bonne administration. L'on pourrait ajouter, en ce qui concerne les tribunaux administratifs exerçant des fonctions quasi judiciaires, que le caractère spécialisé de leur juridiction rend les incohérences plus visibles et a tendance à nuire à leur crédibilité<sup>2</sup>.

La cohérence décisionnelle n'a pas que des avantages. La recherche de cohérence, particulièrement si l'on adhère à une conception rigide de la cohérence, peut, en effet, constituer une menace importante pour d'autres valeurs fondamentales, telles le respect du droit d'être entendu, l'indépendance et l'autonomie décisionnelle et, ultimement, la justice du cas traité.

---

\*. Texte d'une communication prononcée dans le cadre du 6ième Congrès annuel de la Conférence des membres de tribunaux administratifs du Québec, Montréal, le 28 septembre 1990.

\*\* Professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

1. H.N. Janisch, «Policy Making in Regulation: Towards a New Definition of the Status of Independent Regulatory Agencies in Canada» (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 46 à la p. 96.  
2. Voir notamment J.-M. Robert et C. Roy, «Quelques problèmes récents concernant la juridiction de la Commission des affaires sociales» (1986) 46 R. du B. 841.

Dans ce contexte, jusqu'où peuvent aller les tribunaux judiciaires et administratifs pour favoriser la cohérence décisionnelle? Poser cette question c'est en grande partie s'interroger sur la place qu'occupe la cohérence en droit administratif ou, de façon plus précise, sur la portée du contrôle judiciaire en cette matière.

A ce stade-ci du débat, la portée du contrôle judiciaire en matière de cohérence décisionnelle soulève à tout le moins deux grandes questions: l'une concerne le contrôle des décisions incohérentes; l'autre porte sur le contrôle de la légalité de certaines procédures internes visant à favoriser la cohérence au sein du tribunal administratif. La première question, dans la foulée de l'arrêt *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*<sup>3</sup>, nous amène à nous interroger sur le contrôle judiciaire de l'incohérence décisionnelle, plus précisément sur le pouvoir des cours de justice d'intervenir, par le biais du pouvoir de surveillance, pour mettre un terme aux conflits jurisprudentiels qui prévalent au sein d'un tribunal. La deuxième question nous ramène au débat des dernières années, fortement alimenté par les affaires *Consolidated-Bathurst*<sup>4</sup> et *Tremblay*<sup>5</sup>, où le problème de la cohérence décisionnelle a été abordé principalement sous l'angle du contrôle judiciaire du processus décisionnel des tribunaux. On cherchait notamment à déterminer la légalité des réunions plénières tenues en cours de délibéré, moyen utilisé par certains tribunaux pour favoriser la cohérence de leur jurisprudence. La décision de la Cour suprême du Canada dans *Consolidated-Bathurst* trace, à cet égard, des jalons importants. Des précisions additionnelles sont attendues dans l'affaire *Tremblay*.

En bref, le problème qui se pose au regard du contrôle judiciaire de la cohérence décisionnelle n'est plus seulement de savoir si et comment les tribunaux administratifs peuvent tenter d'harmoniser leurs interprétations, mais aussi de savoir si les cours de justice peuvent le faire à leur place, lorsque les tribunaux ne le font pas.

Nous tenterons, dans ce commentaire, de dégager certains principes de droit commun pertinents à l'encadrement des rôles respectifs des cours de justice et des tribunaux administratifs, relativement au contrôle de la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux exerçant des fonctions quasi judiciaires. Nous avons divisé notre propos en deux parties: la première partie, traitera du contrôle judiciaire des décisions incohérentes; la deuxième partie, tentera de définir, à la lumière de l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, les

---

3. (1987) R.J.Q. 261 (C.A.).

4. *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, (1990) 1 R.C.S. 282 [ci-après *Consolidated-Bathurst*].

5. *Commission des affaires sociales c. Tremblay*, (1989) R.J.Q. 2053 (C.A.). Ce jugement est en appel à la Cour suprême du Canada.

paramètres de la légalité des contrôles internes visant à favoriser la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs.

## **PARTIE I LE CONTROLE JUDICIAIRE DE L'INCOHERENCE DECISIONNELLE**

### **Inexistence, en droit commun, d'une obligation générale de cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs.**

Comme le révèlent la jurisprudence<sup>6</sup> et la doctrine<sup>7</sup>, dans l'état actuel du droit canadien, les tribunaux ou organismes administratifs ne sont pas liés par leurs propres précédents.

Le Juge Gonthier le rappelle d'ailleurs dans l'affaire *Consolidated-Bathurst*, lorsqu'il affirme que le décideur peut prendre en considération la jurisprudence antérieure, mais qu'il n'est lié par aucune règle de *stare decisis*<sup>8</sup>. La flexibilité étant l'une des caractéristiques principales du fonctionnement des tribunaux administratifs, les décideurs doivent exercer leur discrétion au mérite et ne pas se sentir liés par leurs précédents. Au contraire, un concept rigide de cohérence décisionnelle basé sur le modèle du *stare decisis* risquerait d'exposer au contrôle judiciaire, le décideur qui suit aveuglément les précédents sans égard au mérite du cas sous étude<sup>9</sup>.

---

6. *Consolidated-Bathurst*, *supra*, note 3 à la p. 319; voir aussi un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Hopedale Developments Ltd. and Town of Oakville* (1964), [1965] 47 D.L.R. (2d) 482, où la cour énonce le principe que la cohérence, bien que souhaitable, ne doit pas être poursuivie aux dépens du mérite de la décision; *Re City of Portage La Prairie and Inter-City Gas Utilities Ltd.*, (1970) 12 D.L.R. (3d) 388 à la p. 397 (Man.C.A.); *Re Board of Directors of Lethbridge Northern Irrigation District and Canadian Union of Public Employees, Local 70* (1973), [1974] 38 D.L.R. (3d) 121 (Alta S.C.) [ci-après *Re Board of Directors of Lethbridge Northern Irrigation District*].

7. D.J. Mullan, «Recent Developments in Nova Scotian Administrative Law» (1978) 4 Dalhousie L.J. 467; --- «Natural Justice and Fairness - Substantive as well as Procedural Standards for the Review of Administrative Decision-Making?» (1981-1982) 27 McGill L.J. 250; J.M. Evans *et al.*, *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 3e éd., Toronto, Emond Montgomery Publications, (1989) aux pp.796-797; W. MacLauchlan, «Some Problems with Judicial Review of Administrative Inconsistency» (1984) 8 Dalhousie L.J. 435; Y. Ouellette, «Le contrôle judiciaire des conflits jurisprudentiels au sein des organismes administratifs» -- texte d'une conférence à être publié prochainement dans (1990) R. du B.

8. *Supra*, note 4 à la p. 333.

9. *Consolidated-Bathurst*, *supra*, note 4 à la p.332. Sur l'exigence faite au décideur de conserver son autonomie décisionnelle, voir aussi *Merchandise Transport Ltd. v. British Transport Commission*, (1961) [1962] 2 Q.B. 173 (C.A.); *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.* (1977), [1978] 81 D.L.R. (3d) 609 à la p. 629 (C.S.C.); *Re Hopedale Developments Ltd. and Town of Oakville*, *supra*, note 6; *Martin c. Ministre de la Main d'oeuvre et de l'Immigration*, (1972) C.F. 844 à la p. 855 (C.A.).

Donc, en règle générale, même si la cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs est souhaitable, les cours de justice n'interviendront, dans les cas de conflits jurisprudentiels internes, que si la décision contestée est manifestement déraisonnable ou entachée d'une erreur juridictionnelle. La cour n'interviendra pas, en principe, au seul motif que la décision contestée est incompatible avec des interprétations antérieures données par d'autres membres d'un même organisme<sup>10</sup>.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bibeault*<sup>11</sup> illustre bien cette position. Alors que la cour était confrontée à un conflit jurisprudentiel sérieux et de longue durée, concernant l'interprétation de l'article 45 du *Code du Travail*, conflit auquel le tribunal avait lui-même tenté de mettre fin en faisant entendre la cause devant un banc composé de tous les membres du tribunal, la cour est intervenue en raison d'une erreur juridictionnelle et non pour mettre fin au conflit jurisprudentiel.

L'inexistence d'une règle de cohérence rigide en droit administratif en surprendra très peu. Une telle règle serait incompatible avec le principe de déférence judiciaire à l'endroit des tribunaux administratifs, principe réitéré par la Cour suprême à maintes reprises<sup>12</sup>. Mais pour certains, la solution ne se résume pas à une question de déférence judiciaire. En effet, un refus catégorique de recherche de cohérence étant susceptible de donner lieu à des résultats tout aussi inévitables et insatisfaisants qu'une règle rigide de cohérence, il existe une tension entre la cohérence ou sécurité juridique d'une part, et le plein exercice de la discrétion ou l'autonomie décisionnelle, d'autre part; ou, en d'autres termes, entre le développement de politiques ou d'une jurisprudence cohérente visant à favoriser l'égalité de traitement des dossiers, et le besoin d'individualisation des dossiers pour les traiter au mérite. En conséquence, la question qui se pose n'est pas tant de savoir s'il y a ou s'il devrait y avoir une obligation générale de cohérence dont le défaut serait contrôlable judiciairement, mais plutôt de voir si, exceptionnellement, les cours de justice peuvent intervenir, par le biais du pouvoir de surveillance, pour mettre fin à des conflits jurisprudentiels internes sérieux et de longue durée, lorsque les positions divergentes ne constituent pas des erreurs juridictionnelles ou manifestement déraisonnables.

---

10. Voir notamment: *Re Board of Directors of Lethbridge Northern Irrigation District*, *supra*, note 6 à la p. 125; *Syndicat des employés municipaux de la Ville de Hull c. Hull (Ville de)*, (1985) C.A. 552; *Pouliot c. C.U.M.*, (1985) C.A. 633.

11. *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, (1988) 2 R.C.S. 1048.

12. Voir notamment les arrêts *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, (1979) 2 R.C.S. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations de travail*, (1984) 2 R.C.S. 412; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, *supra*, note 11; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, (1989) 2 R.C.S. 983.

### Emergence d'un principe «flexible» de cohérence décisionnelle en droit administratif?

Il existe quelques arrêts où les cours, en l'absence d'erreur juridictionnelle ou manifestement déraisonnable, se sont néanmoins reconnues l'autorité d'intervenir pour mettre fin à un conflit jurisprudentiel au sein des tribunaux administratifs.

En 1987, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*<sup>13</sup>, est intervenue pour mettre fin à l'incertitude créée par les décisions contradictoires rendues par différents arbitres concernant l'interprétation des articles 124 et 97 de la *Loi sur les normes du travail*. La cour, basant son intervention sur «la réalité et la gravité» du conflit jurisprudentiel qui ne connaît pas de solution depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur les normes du travail* et sur le fait que la coexistence des deux thèses fait dépendre le sort des plaideurs de l'identité de l'arbitre qui entend la plainte, décide d'intervenir pour assurer le respect de la règle de droit et du principe de légalité<sup>14</sup>.

Le juge Lebel, au nom de la cour, précise par ailleurs qu'il s'agit «d'une de ces situations exceptionnelles» où, par dérogation à la règle générale d'abstention judiciaire, il faut que les tribunaux supérieurs interviennent pour dégager une interprétation de la loi et éviter que les intéressés ne soient soumis à deux règles de droit différentes, sinon aux simples aléas de la désignation des arbitres. Puis, ayant à choisir entre deux thèses rationnellement défendables, le juge Lebel confirme la sentence de l'arbitre au dossier qui, dit-il, est «basée sur une interprétation de la loi qu'[il] trouve exacte»<sup>15</sup>. Il réfère à un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>16</sup> qui a adopté une attitude semblable, jugeant que, bien qu'en présence de deux interprétations non manifestement déraisonnables, l'application du principe de déférence judiciaire à chacune d'elle conduisait à des résultats inacceptables.

Que l'on soit d'accord ou non, la décision de la Cour d'appel, illustre bien le risque d'élargissement du pouvoir de surveillance que comporte le

---

13. *Supra*, note 3.

14. *Id.* à la p. 267. Le juge réfère, à cet égard, au passage d'un article du professeur Morissette, («Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse» (1986) 16 R.D.U.S. 591 aux pp. 632-633), selon lequel ce genre de conflit est difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit. La décision *Moalli* et quelques autres portant sur le contrôle judiciaire de l'incohérence sont commentées par le professeur Ouellette, *supra*, note 7.

15. *Supra*, note 3 à la p. 268.

16. *Id.*, p. 267.

contrôle de l'incohérence décisionnelle. Ce risque a d'ailleurs amené un autre banc de la Cour d'appel à traiter la décision *Moalli* comme un cas isolé ou, à tout le moins, à en limiter la portée à des cas très exceptionnels. Il s'agit de l'affaire *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Commission des écoles catholiques de Québec*, où la Cour d'appel, sous la plume du juge Dussault, déclare que l'argument retenu dans le jugement *Moalli* devrait être considéré avec la plus grande circonspection:

«Il a été prononcé en raison des circonstances tout à fait exceptionnelles de l'espèce et alors que les divergences d'interprétation visaient la loi elle-même»<sup>17</sup>.

Puis, il ajoute:

«Il me paraîtrait abusif sinon dangereux de consacrer le principe de l'intervention des tribunaux à chaque fois qu'un arbitre n'aurait pas le même pas que les autres dans l'interprétation d'une disposition d'une convention collective et d'accorder ainsi, déguisé sous la forme de l'évocation, un droit d'appel automatique»<sup>18</sup>.

La crainte du juge Dussault s'est matérialisée dans l'affaire *Boudreau c. Commission de la Fonction publique*<sup>19</sup>, où la Cour supérieure, interprétant largement et dangereusement l'arrêt *Moalli*, intervient pour régler une différence d'interprétation existant au sein de la Commission, en dépit du peu de décisions rendues. Le juge motive en disant qu'«[il] ne faut pas s'arrêter au nombre relativement minime de décisions rendues (...) Ce qu'il faut considérer, ce sont les conséquences qu'entraînent ces décisions en regard des candidats (...), le nombre de personnes qui peuvent ainsi être touchées, l'injustice qui peut en découler (...)»<sup>20</sup>.

Une autre décision récente de la Cour d'appel du Québec rendue dans l'affaire *Syndicat des communications graphiques, local 509M c. Auclair*<sup>21</sup> semble approuver l'arrêt *Moalli*, tout en prenant soin de réitérer que l'intervention visant à résoudre des conflits jurisprudentiels doit se limiter à des cas exceptionnels<sup>22</sup>.

---

17. J.E. 90-176 (C.A.) à la p. 13 du jugement. (Alors que, dans le cas sous étude, les divergences d'interprétation visaient une disposition d'une convention collective.)

18. *Id.*

19. (1990) R.J.Q. 1022 (C.S.) (en appel).

20. *Id.* aux pp. 1032-1033.

21. (1990) R.J.Q. 335 (C.A.).

22. *Id.*, à la p. 340.

La Cour suprême du Canada ne s'est pas prononcée sur cette question. Il est important de noter que dans l'arrêt *Bibeault*<sup>23</sup>, le fait que la cour ait choisi de faire reposer son intervention sur la notion d'erreur juridictionnelle et non l'existence du conflit jurisprudentiel, n'implique pas nécessairement qu'elle refuse de jouer un rôle d'harmonisation des conflits graves ou sérieux. Il ne ressort d'ailleurs pas de la décision que cet argument ait été plaidé et, de toute façon, la présence d'une erreur juridictionnelle évitait à la cour d'avoir à prendre position sur ce point<sup>24</sup>.

Soulignons au passage qu'il existe, dans la jurisprudence anglaise, quelques arrêts dans lesquels l'incohérence a été retenue comme l'un des motifs d'intervention de la Cour d'appel. Il s'agit notamment de l'arrêt *H.T.V. Ltd. v. Price Commission*<sup>25</sup>, où Lord Denning semble conclure à la déraisonnabilité non pas parce que la décision était déraisonnable en soi, mais plutôt en raison de son incohérence avec la jurisprudence antérieure et du fait qu'une incohérence majeure inexplicée est déraisonnable<sup>26</sup>; et de l'arrêt *Pepys v. London Transport Executive*<sup>27</sup>, où la cour retourne le dossier devant le tribunal pour qu'il explique son changement d'orientation.

Que penser de cette initiative jurisprudentielle et de son avenir? S'agit-il, comme certains le croient, d'un trébuchement malheureux et de courte vie<sup>28</sup>? Ou plutôt de l'émergence d'un principe de cohérence, en droit administratif, dont la portée reste à définir mais qui serait sanctionné judiciairement?

C'est une question complexe et délicate sur laquelle il est difficile de prendre position. Tout comme la jurisprudence, la doctrine est partagée sur le pouvoir d'intervention des cours de justice pour régler des conflits

---

23. *Supra*, note 11.

24. Certains auteurs déplorent l'application que le juge Beetz fait de l'approche pragmatique et fonctionnelle, pour qualifier de juridictionnelle l'erreur commise par le Tribunal du travail dans l'interprétation de l'art. 45 du *Code du travail*. Voir notamment F. Morin, «D'un entrepreneur à un autre - l'accréditation ne suit pas» (1989) 44 *Relat. Ind.* 315; J. Fortin, «L'arrêt C.S.R.O.: l'abandon de la notion de "condition préliminaire" et une nouvelle approche des questions juridictionnelles» (1989) 19 R.D.U.S. 451 aux pp. 463-464. Peut-être aurait-il été préférable que la Cour prenne position et, le cas échéant, fasse reposer son intervention sur le besoin de mettre un terme à l'impasse que constituait le conflit jurisprudentiel grave qui prévalait au sein du tribunal. D'autant plus que, si l'on se fie au long historique du conflit retracé par le juge Beetz, la cour avait le cas idéal pour se prononcer.

25. (1976) 1 C.R. 170 (C.A.).

26. Sur cette question voir Mullan, «Recent Developments in Nova Scotian Administrative Law», *supra*, note 7 aux pp. 533-534.

27. (1975) 1 W.L.R. 234 (C.A.).

28. Cf. Ouellette, *supra*, note 7.

jurisprudentiels internes graves, en l'absence d'erreur juridictionnelle ou d'erreur manifestement déraisonnable.

Les différents fondements avancés au soutien du pouvoir d'intervention des cours de justice sont principalement les principes d'équité, de justice et de primauté du droit, et accessoirement des raisons pragmatiques et d'opportunité<sup>29</sup>.

Selon le professeur Mullan l'intervention judiciaire, limitée aux conflits jurisprudentiels flagrants, serait basée sur les principes d'équité et de justice qui exigent que les cause similaires soient traitées, autant que possible, de façon similaire. Partant, une incohérence majeure pourrait être considérée comme arbitraire ou déraisonnable et constituer une forme d'abus de discrétion<sup>30</sup>.

Le professeur Morissette, quant à lui, fonde son opinion sur le principe de la primauté du droit. A son avis, faire dépendre le sort d'un plaignant ou l'issue du litige de l'identité du décideur, serait difficilement conciliable avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit<sup>31</sup>. Par conséquent, bien que les cours de justice soient, de façon générale, malvenues d'intervenir pour contrôler la rectitude des décisions, elles seraient pleinement justifiées de le faire, au nom de la primauté du droit, lorsqu'elles sont en présence d'interprétations contradictoires mais rationnelles sur une même question, car c'est le genre d'arbitraire que vise à empêcher ce principe<sup>32</sup>.

D'un autre côté, le professeur McLauchlan, dans un article paru en 1984, favorise la retenue judiciaire. La cour ne devrait donc intervenir que si l'interprétation divergente contestée constitue une erreur juridictionnelle (comme, par exemple, un abus de discrétion) ou une erreur manifestement déraisonnable. Il lui semble que la meilleure façon de mettre un terme aux conflits internes graves serait plutôt d'exercer des pressions sur l'organisme ou sur le législateur pour qu'il modifie la loi pertinente<sup>33</sup>.

---

29. J. Farmer, *Tribunals and Government* (1974), 179, cité dans Mullan, «Natural Justice and Fairness», *supra*, note 7 à la p. 285; R. Barbe, «La cohérence au sein des tribunaux spécialisés», communication au 6ième Congrès annuel de la Conférence des membres de tribunaux administratifs du Québec, Montréal, 28 septembre 1990 [non publiée].

30. «Natural Justice and Fairness», *supra*, note 7 aux pp. 286-287.

31. Morissette, *supra*, note 14 aux pp. 591, 632-634. Cette position a reçu l'appui de la Cour d'appel dans l'arrêt *Moalli* et par la Cour suprême dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*.

32. *Id.* à la p. 634.

33. McLauchlan, *supra*, note 7 à la p. 472.



Le professeur Ouellette est également défavorable à l'intervention judiciaire. Les tribunaux administratifs n'étant pas liés par leurs précédents ni assujettis à la règle du *stare decisis*, l'incohérence décisionnelle ne constitue pas un cas d'ouverture autonome au contrôle judiciaire. Il laisse toutefois entendre que la cour pourrait intervenir dans de très rares exceptions fondées non pas sur des facteurs quantitatifs mais sur des considérations de *public policy*<sup>34</sup>.

Pour notre part, nous partageons l'avis que, de façon générale, les membres des tribunaux administratifs sont les principaux responsables de la cohérence de leur jurisprudence, mais qu'exceptionnellement, les cours de justice peuvent intervenir pour mettre un terme aux conflits jurisprudentiels flagrants<sup>35</sup>. Par ailleurs, si l'on craint qu'il en résulte un contrôle judiciaire trop poussé, l'incohérence décisionnelle n'aurait pas à être traitée comme un nouveau cas d'ouverture au pouvoir de surveillance. Elle pourrait plutôt être considérée comme un défaut d'agir équitablement, ou encore, comme une forme d'abus de discrétion ou d'erreur manifestement déraisonnable permettant de faire exception au principe de déférence judiciaire. En effet, comme le soulignait la Cour d'appel de l'Ontario, lorsqu'on est en présence de deux interprétations contradictoires mais rationnelles sur une même question, l'application du principe de déférence judiciaire à chacune d'elle conduit à des résultats inacceptables<sup>36</sup>. La décision contestée pourrait donc être qualifiée de manifestement déraisonnable, non pas en raison de la position qui y est retenue, mais dans un sens plus large, en raison du résultat inacceptable que génère la perpétuation du conflit jurisprudentiel. Il serait également possible, si l'on admet que l'équité ou la justice formelle exige que les causes similaires soient traitées, autant que possible, de façon similaire<sup>37</sup>, d'assimiler l'incohérence décisionnelle grave à un défaut d'agir équitablement<sup>38</sup>.

---

34. Ouellette, *supra*, note 7. Celui-ci examine également la pertinence de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* comme fondement à un devoir de cohérence décisionnelle.

35. Comme par exemple dans les affaires *Bibeault* et *Moalli*, un conflit jurisprudentiel sérieux et de longue date portant sur l'interprétation des dispositions législatives que le tribunal a à appliquer et dont l'effet était de faire dépendre l'issue du litige de l'identité du décideur.

36. *Re Service Employes International Union, local 204 and Broadway Manor Nursing Home*, (1984) 44 O.R. 392 à la p. 399, cité dans l'arrêt *Moalli*, *supra*, note 3 à la p. 267.

37. Voir notamment, l'arrêt *Singh c. M.E.I.*, (1985) 1 R.C.S. 178 à la p. 197, où Mme le juge Wilson affirme que: «Le comité et le Ministre sont tenus d'agir équitablement dans l'exercice de leurs fonctions en ce sens qu'ils ne peuvent pas rendre des décisions arbitraires et qu'ils doivent s'efforcer de traiter de la même façon les cas analogues».

38. L'on doit par ailleurs reconnaître que même s'il y avait unanimité sur le fondement du contrôle judiciaire des incohérences graves ou sa compatibilité avec la doctrine de l'*ultra vires*, le problème ne serait pas complètement réglé. La mise en oeuvre de l'intervention judiciaire risque, en effet, de poser des difficultés, notamment celle d'identifier s'il y a incohérence puis, de déterminer si l'incohérence est suffisamment grave pour justifier

La jurisprudence rapportée constitue, à notre avis, les premiers pas vers l'émergence d'un principe «flexible» de cohérence en droit administratif. Un principe flexible dans le sens où il ne doit pas être interprété comme une obligation de suivre les précédents, ou équivaloir à une application stricte de la règle du *stare decisis*, mais un principe qui peut néanmoins être sanctionné judiciairement lorsque la cour juge que l'équité ou le respect de la primauté du droit requièrent qu'elle intervienne pour mettre fin à l'incertitude créée par les décisions contradictoires rendues par des bancs différents sur une même question.

Il faudra attendre que la Cour suprême du Canada se prononce pour être fixé sur l'existence et, le cas échéant, l'étendue du pouvoir des cours de contrôler, par le biais du pouvoir de surveillance, les incohérences décisionnelles graves qui prévalent au sein des tribunaux administratifs. Mais, quoi qu'il en soit, il ne faudrait probablement pas s'attendre à ce qu'une grande partie de la solution au problème de l'incohérence décisionnelle vienne des cours de justice. La responsabilité principale en ce domaine continuera vraisemblablement de relever des tribunaux administratifs. La question consiste alors à définir les conditions dans lesquelles peut s'exercer la recherche de cohérence au sein des tribunaux administratifs exerçant des fonctions quasi judiciaires ou si l'on veut, de définir les paramètres de la collégialité au sein de ces tribunaux. Ceci nous amène à la deuxième partie, dans laquelle nous tenterons de définir, à la lumière de l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, les paramètres qui doivent encadrer les mesures prises par les tribunaux administratifs en vue de favoriser la cohérence de leur jurisprudence.

## **PARTIE II LES CONTROLES INTERNES VISANT A FAVORISER LA COHERENCE DECISIONNELLE**

Dans l'affaire *Consolidated-Bathurst*, on se le rappellera, la Cour suprême avait à statuer sur la légalité d'une pratique de la Commission des relations de travail de l'Ontario consistant à tenir des réunions plénières au cours du délibéré, pour débattre, entre collègues, des conséquences sur la

---

l'intervention judiciaire. (Voir à ce sujet les textes des professeurs Mullan et McLauchlan, *supra*, note 7). Ces problèmes pourraient en partie être évités, si, lorsque les courants jurisprudentiels au sein de l'organisme sont irréconciliables et qu'il se trouve dans une impasse, le tribunal administratif concerné recourait à la procédure de renvoi, comme cela est permis en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale* ou, au Québec, à la requête pour jugement déclaratoire, pour solliciter l'opinion de la cour sur l'interprétation de la loi. L'initiative alors prise par le tribunal administratif révélerait qu'il y a incohérence grave. Toutefois, comme la cohérence décisionnelle et la sécurité juridique existent aussi en faveur de l'administré, ce dernier doit aussi pouvoir saisir la cour d'un conflit jurisprudentiel grave, en dépit des quelques difficultés de mise en oeuvre que cela est susceptible de poser.

politique générale de la Commission, d'un avant-projet de décision soumis par le quorum saisi du dossier. De l'aveu des dirigeants de la Commission, la pratique des réunions plénières, en place depuis plus de vingt-cinq ans, avait pour but de favoriser la cohérence et le maintien de la qualité des décisions du tribunal.

La Cour suprême s'est divisée sur la compatibilité de cette pratique avec les principes de justice naturelle. Pour la minorité, (les juges Sopinka et Lamer), la réunion plénière a privé l'appelante de «la pleine possibilité de présenter des éléments de preuve et de faire valoir des arguments»<sup>39</sup>. Les questions de politiques étant assimilables à des questions de faits, les règles de justice naturelle requièrent que les discussions qui s'y rapportent aient lieu en présence des parties. Pour la majorité, (les juges Gonthier, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin) ces réunions, tenues en l'absence des parties, sont conciliables avec les règles de justice naturelle, à condition que certaines garanties soient respectées.

Parlant au nom de la majorité, le juge Gonthier écrit:

«Il est évident qu'il faut favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. L'issue des litiges ne devrait pas dépendre de l'identité des personnes qui composent le banc puisque ce résultat serait "difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible." (...) Vu le grand nombre de décisions rendues en matière de droit du travail, la Commission est justifiée de prendre les mesures nécessaires pour éviter d'arriver, par inadvertance, à des solutions différentes dans des affaires semblables. Puisque les décisions de la Commission sont protégées par une clause privative (...), il est encore plus impérieux de recourir à des mesures comme les réunions plénières de la Commission pour éviter ces solutions incompatibles»<sup>40</sup>.

Puis, le juge ajoute cette réserve:

«En même temps, la décision d'un banc ne saurait lier un autre banc et les mesures prises par la Commission pour favoriser la cohérence de ses décisions ne doivent pas entraver la capacité de chacun des

---

39. *Supra*, note 4 à la p. 305.

40. *Id.* aux pp. 327-328.

membres d'un banc de décider selon sa conscience et ses opinions.»<sup>41</sup>

L'on peut se réjouir de l'opinion de la majorité qui révèle, non seulement la volonté d'encourager la recherche de cohérence décisionnelle au sein des tribunaux administratifs, mais surtout de leur donner les moyens d'y arriver dans le respect des droits des parties. L'on pourrait même soutenir que l'arrêt *Consolidated-Bathurst* constitue, à cet égard, du droit préventif susceptible de limiter considérablement le besoin d'intervention judiciaire.

Il convient, dans un premier temps, de rappeler les arguments retenus au soutien de la légalité des réunions plénières comme moyen visant à favoriser la cohérence décisionnelle au sein du tribunal administratif; en second lieu, de préciser certaines limites que posent les règles de justice naturelle aux conditions dans lesquelles elles doivent se dérouler.

### **La légalité des réunions plénières**

Les procureurs de l'appelante soutenaient, en l'espèce, que les réunions plénières portent atteinte au droit d'être entendu des parties puisqu'elles ne leur offrent pas une opportunité raisonnable de répliquer aux arguments que des commissaires peuvent y faire valoir et que, de toute façon, elles contreviennent en soi à la règle de justice naturelle qui exige que «seuls ceux qui ont entendu la cause ont compétence pour la juger». Cette règle devant, selon eux, être interprétée comme interdisant à toute personne qui n'a pas entendu la cause, d'influencer les décideurs, pour ainsi éviter de porter atteinte à leur indépendance.

En réponse au deuxième argument, le juge Gonthier rappelle que:

*«(...) les règles de justice naturelle doivent tenir compte des contraintes institutionnelles auxquelles les tribunaux administratifs sont soumis. Ces tribunaux sont constitués pour favoriser l'efficacité de l'administration de la justice et doivent souvent s'occuper d'un grand nombre d'affaires. Il est irréaliste de s'attendre à ce qu'un tribunal administratif comme la Commission observe strictement toutes les règles applicables aux tribunaux judiciaires.»*<sup>42</sup>

---

41. *Id.* à la p. 328.

42. *Id.* à la p. 323.

La question à se poser, dit-il, consiste donc à savoir si, compte tenu des contraintes institutionnelles auxquelles est soumise la Commission, (notamment le grand volume de dossiers à traiter, le nombre important de membres qui composent le tribunal, le grand nombre de bancs, et, par conséquent, le besoin de bénéficier de l'expérience acquise des membres du tribunal pour maintenir la qualité et la cohérence des décisions), les réunions plénières sont conciliables avec les règles de justice naturelle ou si, au contraire, les risques qu'elles présentent sont assez importants pour conclure qu'elles contreviennent aux règles de justice naturelle.

S'appuyant en cela sur la position de la Cour d'appel, le juge Gonthier perçoit la pratique des réunions plénières comme étant en soi peu menaçante pour les droits des parties. Il s'agit, dit-il, d'un lieu de discussion qui ne constitue «rien de plus qu'un approfondissement de la recherche à laquelle procède le banc qui entend une affaire avant de rendre sa décision»<sup>43</sup>. Elles peuvent donc être conciliables avec les règles de justice naturelle, à condition que certaines garanties soient respectées.

Partant, la cour rejette l'interprétation proposée de la maxime «seuls ceux qui ont entendu la cause ont compétence pour la juger»<sup>44</sup>, aux motifs que: d'une part, le rôle consultatif des collègues n'équivaut pas à une participation à la décision finale et, d'autre part, le critère pertinent pour évaluer l'indépendance judiciaire des membres du banc n'est pas l'absence d'influence, mais bien la liberté de décider selon sa conscience et ses opinions<sup>45</sup>. Par conséquent, une discussion avec une personne qui n'a pas entendu la preuve n'entache pas forcément de nullité la décision qui s'ensuit au seul motif qu'elle est susceptible «d'influencer» le décideur. Au contraire, les règles de justice naturelles ne devraient pas, dans la mesure où les droits des parties sont respectés, dissuader les tribunaux de tenir des réunions plénières, car les échanges de vues auxquels elles donnent lieu peuvent s'avérer nécessaires pour permettre au tribunal de bénéficier de l'expérience

---

43. *Id.* à la p. 328, citant le juge Cory (alors à la Cour d'appel de l'Ontario). Ce dernier allait même jusqu'à dire que la tenue de ces réunions relève du simple gros bon sens: «The discussion by the full Board in this case did not amount to a denial of natural justice. Instead, it was an exercise of common sense whereby the significance and effect of a decision was discussed with other experts in the field.» *Consolidated-Bathurst*, (1986) 56 O.R. (2d) 513 à la p. 517.

44. *Consolidated-Bathurst*, *supra*, note 4 aux pp. 322-330. En l'occurrence, les procureurs de *Consolidated-Bathurst* plaidaient que les «commissaires qui composent un banc doivent être totalement à l'abri de toute discussion qui pourrait les amener à changer d'avis, même si ce changement d'avis est sincère, parce que le risque de pression induite de la part des autres commissaires est trop grand pour être compatible avec les principes de justice naturelle», à la p. 322.

45. *Id.* aux pp. 331-332.

acquise de tous les commissaires et favoriser la cohérence de leur jurisprudence<sup>46</sup>.

Puis, citant les propos du juge en chef Meredith de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Gonthier ajoute que les membres des cours de justice ne semblent pas non plus se considérer tenus de s'immuniser contre les influences de leurs collègues. Il faut bien réaliser souligne-t-il:

*«(...) que si toutes les décisions d'un juge étaient entachées de nullité parce qu'il a discuté de l'affaire avec un autre juge, il faudrait invalider un grand nombre de jugements considérés comme valides et inattaquables, et que si ces discussions étaient prohibées, encore plus de jugements pourraient être infirmés en cour d'appel à cause du vice qu'il faudrait constater si le sujet avait été ainsi discuté»<sup>47</sup>.*

Après avoir défini ces balises, la cour précise les conditions dans lesquelles doivent se tenir ces réunions pour ne pas contrevenir aux principes de justice naturelle.

### **Limites posées par les règles de justice naturelle à la tenue de réunions plénières**

Les réunions plénières et le droit d'être entendu:

La règle *audi alteram partem* pose une première limite quant à l'objet des discussions qui peuvent avoir cours lors des réunions plénières: les discussions ne peuvent porter sur des questions de faits. Ainsi, lors des réunions plénières, les faits doivent être tenus pour avérés. L'évaluation des faits dépendant en grande partie de l'évaluation de la crédibilité des témoins et de l'évaluation globale de la pertinence de tous les renseignements reçus, les règles de justice naturelle ne permettent pas que des personnes fassent des observations sur les questions de faits alors qu'elles n'ont pas entendu la preuve<sup>48</sup>. Cette limite ne devrait pas poser trop de difficultés aux tribunaux administratifs qui font principalement de l'adjudication. L'on concevrait en effet, assez difficilement, la pertinence de convoquer une réunion plénière

---

46. *Id.* aux pp. 326-327.

47. *Id.* aux pp. 331-332. Cette citation est tirée de l'arrêt *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656 (C.A.) à la p. 659. N.B. La version anglaise se lit: «...which must have been detected if the subject had been so discussed.» i.e de vices qui auraient pu être détectés (et corrigés) si le sujet avait été ainsi discuté. Nous croyons que la traduction altère le sens des propos du juge Meredith.

48. *Consolidated-Bathurst, supra*, note 4 aux pp. 335, 338 et 339.

pour prendre l'avis des collègues sur l'appréciation des faits ou de la crédibilité de personnes qu'ils n'ont pas entendues.

De plus, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*<sup>49</sup>, il va de soi que les discussions ne devraient pas non plus permettre l'introduction de nouvelles preuves à l'insu des parties. Il n'est évidemment pas toujours facile de savoir sur quoi ont effectivement porté les discussions, et il y a un risque que dans le cours des discussions des éléments de faits ou de preuve soient soulevés, mais comme le souligne le juge Gonthier: «[i]l ne faut pas refuser les avantages que l'utilisation valable de ce processus de consultation peut procurer, uniquement à cause de la simple crainte que cette pratique établie ne soit pas respectée, en l'absence de toute preuve que la chose s'est produite»<sup>50</sup>. Donc, à moins de preuve contraire, il y a une présomption à l'effet que l'organisme agit de bonne foi et qu'il s'en est tenu aux sujets dont il pouvait discuter.

Des discussions pourront, par ailleurs, porter sur des questions de politiques ou des questions de droit, puisqu'il s'agit dans les deux cas de principes ou de normes dont l'application dépasse le litige particulier entre les parties<sup>51</sup>. Il est important de noter que la cour se divise sur ce point. Pour les juges dissidents, les questions de politique sont davantage assimilables à des questions de faits qu'à des questions de droit et par conséquent les échanges sur ces questions ne peuvent avoir lieu qu'en présence des parties<sup>52</sup>.

En plus de poser des limites quant à l'objet des discussions qui peuvent avoir lieu lors des réunions plénières, la règle *audi alteram partem* exige que les parties soient informées et aient une opportunité raisonnable de répliquer à tout nouveau moyen soulevé lors de la réunion, à propos duquel elles n'ont pas soumis de plaidoirie<sup>53</sup>. Les parties ayant droit de présenter leur cause adéquatement et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables<sup>54</sup>, il paraît normal que ce droit s'étende aux nouveaux moyens soulevés lors du délibéré par des membres de l'organisme qui ne sont pas saisis du dossier.

Cette exigence sera particulièrement importante dans le cas de virages jurisprudentiels, comme c'était le cas dans l'affaire *Consolidated-Bathurst*

---

49. (1980) 1 R.C.S. 1105 aux pp. 1113-1114, cité à la p. 335 de l'arrêt *Consolidated-Bathurst*.

50. *Consolidated-Bathurst*, *supra*, note 4 à la p. 336.

51. *Id.* à la p. 337.

52. *Id.* à la p. 322.

53. *Id.* à la p. 337.

54. *Id.* à la p. 338.

où la réunion plénière avait été convoquée pour discuter de l'opportunité de modifier une politique de la Commission. Avant de conclure au respect des règles de justice naturelle, la cour s'est assurée que les parties avaient eu l'opportunité de traiter de ces questions lors de l'audition et qu'il y avait absence de preuve à l'effet que de nouveaux moyens aient été soulevés en leur absence<sup>55</sup>.

### Les réunions plénières et le droit à une décision impartiale

Le droit à une décision impartiale pose également certaines limites à la recherche de cohérence au sein des tribunaux administratifs, en ce qu'il exige que soit préservée l'autonomie décisionnelle du quorum. Par conséquent, aucune ingérence extérieure ne peut être pratiquée pour forcer un membre du quorum à participer à la discussion d'une affaire dont il est saisi, ou pour lui imposer un point de vue qu'il ne partage pas.

Le juge Gonthier écrit sur ce point:

«le décideur n'est lié par aucune règle de *stare decisis*». Il ajoute:

«(...) (ils) ont le droit de changer d'avis, peu importe que ce soit à la suite de discussions avec des collègues ou de leur propre réflexion sur le sujet. L'opinion de la majorité de ses collègues peut égale-

---

55. *Id.* L'on pourrait, incidemment, se demander si l'obligation d'informer les parties dont parle la cour se limite aux cas où le sujet est abordé dans le cadre de réunions plénières, ou si elle est susceptible de s'étendre à d'autres situations. Qu'en serait-il, par exemple, du cas où un banc, dans le cours normal de son délibéré, décide de changer d'orientation sur un point où la jurisprudence du tribunal était constante? Y aurait-il alors obligation pour le quorum d'expliquer, dans sa décision, les raisons pour lesquelles il s'écarte de la jurisprudence antérieure? Il est admis que les tribunaux administratifs n'étant pas liés par leurs propres précédents, un quorum ou le tribunal peut s'écarter d'une jurisprudence antérieure, même constante. (Voir *supra*, note 6). La question du droit des parties d'être informées des raisons du changement d'orientation est toutefois moins claire. En effet, bien qu'il soit souhaitable qu'elles le soient, principalement lorsque le virage porte sur un point à propos duquel la jurisprudence de l'organisme était abondante et constante, il y a trop peu de jurisprudence sur le sujet pour que l'on soit fixé sur l'existence ou non d'une obligation générale à cet effet. L'on peut noter, à titre indicatif, que le droit américain semble exiger du tribunal qui fait un virage, qu'il explique dans sa décision, les motifs de son changement d'orientation. (Voir Evans *et al.*, Administrative Law Cases, Texts, and Materials, *supra*, note 7 à la p. 797.) En droit anglais, il y a également quelques arrêts de la Cour d'appel qui vont dans ce sens, notamment l'arrêt *Pepys v. London Transport Executive*, *supra*, note 27, où la cour a retourné le dossier devant le tribunal pour qu'il explique son changement d'orientation. Dans un arrêt canadien, *Re City of Portage La Prairie and Inter-City Gas Utilities Ltd.*, *supra*, note 6, la Cour d'appel du Manitoba approuve le fait que le conseil ait expliqué son changement d'orientation, sans toutefois laisser entendre qu'il en avait l'obligation. Quoi qu'il en soit des exigences des règles de justice naturelle à cet égard, il semble qu'il soit nettement dans l'intérêt du tribunal administratif et de sa crédibilité d'expliquer ses changements majeurs d'orientation et nous croyons qu'il devrait, dans la mesure du possible, en prendre l'initiative.



ment amener un décideur à changer d'avis par souci de cohérence de la jurisprudence puisqu'il s'agit d'un critère légitime qui doit être pris en considération (...)» mais il ne peut être tenu de suivre les précédents. La décision ultime doit lui appartenir.<sup>56</sup>

Puis, pour vérifier s'il y a eu atteinte au droit de l'administré d'obtenir une décision d'un tribunal indépendant, la cour applique, comme dans l'arrêt *Valente*<sup>57</sup>, le test tiré de la règle de partialité en droit administratif, i.e. l'appréhension raisonnable de partialité (ou de dépendance) aux yeux d'un tiers averti. En l'espèce, la cour a conclu que la réunion plénière ne portait pas atteinte à la capacité de décider des membres du quorum car, d'une part, elle n'était pas imposée, (elle avait de fait été convoquée à la demande du banc qui a entendu l'affaire; elle visait à favoriser la discussion sans tenter de vérifier s'il y avait consensus; les présences ne furent pas prises et il n'y a pas eu de vote<sup>58</sup>), et d'autre part, la preuve démontrait qu'en dernier ressort, le quorum demeurait maître de la décision.

En bref, on pourrait dire de ce jugement qu'il répond, à bien des égards, aux préoccupations et attentes du droit administratif moderne. Il établit la légitimité de la recherche de cohérence décisionnelle à un moment où l'on osait à peine en parler à voix haute, et dénote une volonté d'encourager la collégialité au sein des tribunaux administratifs spécialisés, (i.e. les échanges et discussions parmi les membres du tribunal pour leur permettre de bénéficier de l'expérience acquise de leurs collègues en vue de favoriser le maintien de la qualité et la cohérence des décisions), à la condition que certaines garanties soient respectées. Le jugement constitue, de ce point de vue, une contribution importante à la «déjudiciarisation» du processus décisionnel des tribunaux spécialisés, tout en étant soucieux de protéger les droits procéduraux des parties.

Il n'y a évidemment pas de garantie que les décisions du tribunal seront cohérentes mais, à moins de changer complètement le système<sup>59</sup>, il ne peut y en avoir. Toutefois, l'encouragement à la collégialité dont témoigne la

---

56. *Consolidated-Bathurst*, *supra*, note 4 à la p. 333.

57. *Valente c. R.*, (1985) 2 R.C.S. 673 à la p. 689.

58. Le juge signale au passage que la prise d'un vote, même si elle comporte un risque d'influence plus prononcée, n'aurait pas nécessairement pour effet de contrevenir aux règles de justice naturelle, car le critère de l'indépendance n'est pas l'absence d'influence, mais bien la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions. *Consolidated-Bathurst*, *supra*, note 4 à la p. 334.

59. L'on pourrait, par exemple, évoquer l'hypothèse où la loi prévoirait expressément que le rôle du quorum se limite à rendre des décisions initiales, alors que la décision finale relève de l'organisme. Un tel système, sous réserve de sa compatibilité avec les Chartes, assurerait une plus grande cohérence décisionnelle.

cour permet, comme le dit le juge Gonthier, aux membres intéressés de discuter, librement et de façon réfléchie, des questions de droit et de politique et évite ainsi les contradictions par inadvertance. C'est déjà beaucoup.

Il reste à espérer que les décisions judiciaires qui suivront appuieront la conception retenue par la majorité. La décision que rendra la cour dans l'affaire *Tremblay*<sup>60</sup> devrait, en dépit des différences importantes qu'il y a entre ces deux cas<sup>61</sup>, fournir certaines précisions. Il sera notamment intéressant de voir l'accueil que la cour fera de la notion de contrainte systémique sur laquelle s'appuient la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec pour invalider le processus de consultation<sup>62</sup>; et les garanties qui doivent accompagner l'exercice du pouvoir de trancher qu'a le président par l'effet de l'article 10 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales*<sup>63</sup>.

## CONCLUSION

La préoccupation du droit administratif pour la cohérence n'est pas une préoccupation nouvelle. Dans un commentaire de l'arrêt *Anisminic*<sup>64</sup> qu'il publiait en 1969, le professeur H. W. R. Wade<sup>65</sup> soutenait que la recherche de cohérence était la raison principale qui avait incité les cours de justice à interpréter restrictivement les clauses privatives: «[T]he objection to ouster clauses is that they are repugnant to a coherent legal system. The courts rightly regard it as their task to keep the system coherent»<sup>66</sup>. Elles se sentaient, en conséquence, justifiées d'intervenir, même en présence d'une clause privative, pour corriger toute erreur de droit commise par un organisme inférieur<sup>67</sup>.

---

60. Voir *supra*, note 5.

61. Signalons notamment, l'intervention du conseiller juridique dans le processus, le fait que la procédure de consultation prévoit la prise d'un vote indicatif à la fin de la discussion, le recours à l'art. 23 de la *Charte québécoise*, et, surtout, le double rôle joué par le président, lequel serait susceptible de donner lieu à une crainte raisonnable de partialité. (On se rappellera qu'en raison des vacances du conseiller juridique, c'est le président qui après avoir pris connaissance du projet de décision du quorum a, dans un premier temps, initié (avec l'accord des membres du quorum) le processus de consultation, et suite au changement d'avis d'un membre du quorum, a, en s'appuyant sur l'art. 10 de la Loi sur la C.A.S., pris la décision finale). Sur ces questions voir S. Comtois «L'affaire Noémie Tremblay et le droit à une décision prise par un tribunal indépendant d'esprit» (1990) 3 C.J.A.L.P. 223 à la p. 234.

62. *Id.* aux pp. 228-230 et 233-234.

63. L.R.Q., c. C-34.

64. *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission*, (1969) 2 W.L.R. 163 (H.L.).

65. «Constitutional and Administrative Aspects of the *Anisminic* Case» (1969) 85 L.Q.Rev. 198.

66. *Id.* à la p. 201.

67. Lord Diplock «Administrative Law: Judicial Review Reviewed» (1974) 33 Cam. L.J. 233 aux pp. 242-243.

Les temps changent, les perceptions aussi. L'interrelation entre les tribunaux administratifs et les cours de justice s'est transformée, davantage peut-être au Canada, qu'en Angleterre<sup>68</sup>. Les tribunaux canadiens reconnaissent de plus en plus le rôle complémentaire que jouent les tribunaux administratifs dans l'administration de la justice, et sont soucieux de respecter leur autonomie décisionnelle dans leur zone d'expertise<sup>69</sup>. Il n'est donc pas étonnant que les tribunaux administratifs soient mis à contribution dans la poursuite de l'importante finalité du droit que constitue la recherche de cohérence et de sécurité juridique.

Par ailleurs, tout en préservant l'autonomie décisionnelle du tribunal administratif dans sa sphère d'expertise, le droit administratif pourrait faire une certaine place au contrôle judiciaire de l'incohérence décisionnelle. Dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, la Cour suprême du Canada, en plus de reconnaître que la cohérence de la jurisprudence était un facteur légitime qui devait être pris en considération par le décideur<sup>70</sup>, a retenu qu'il s'agissait également d'un facteur dont la cour devait tenir compte dans l'interprétation des règles de justice naturelle afin de concilier, dans la mesure du possible, les droits des parties et le besoin du tribunal d'harmoniser ses décisions. Il sera intéressant de voir si la souplesse dont témoigne la cour, ira jusqu'à permettre que ce rôle d'harmonisation de la jurisprudence soit partagé avec les cours de justice. *A fortiori*, lorsque les organismes visés ne fonctionnent pas de façon collégiale et ont, de ce fait, peu de moyens à leur disposition pour favoriser la cohérence de leurs décisions, comme c'était le cas dans l'affaire *Moalli*<sup>71</sup>.

---

68. B. Schwartz, «Lions over the Throne», N.Y.U. Press, 1987 à la p. 50 et s.

69. Voir notamment les arrêts cités, *supra*, note 12.

70. *Supra*, note 4 aux pp. 332-333.

71. *Supra*, note 3. Il y était question de la juridiction des arbitres en matière de normes du travail.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** ORIGINE ET TRANSFORMATIONS DES INFRACTIONS ET DES PEINES  
DU CODE CRIMINEL CANADIEN CONCERNANT L'IVRESSE AU  
VOLANT (1921-1985)

**Auteur(s) :** Marcel-Eugène LEBEUF

**Revue :** *RDUS*, 1990-1991, volume 21, numéro 1

**Pages :** 101-119

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13434>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13434>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**ORIGINE ET TRANSFORMATIONS  
DES INFRACTIONS ET DES PEINES  
DU CODE CRIMINEL CANADIEN CONCERNANT  
L'IVRESSE AU VOLANT (1921-1985)\***

par Marcel-Eugène LEBEUF\*\*

L'article traite de la production sociale de la loi criminelle canadienne concernant la conduite d'une automobile après avoir consommé des boissons alcoolisées. Suite à une recension des écrits, une partie du texte décrit l'intégration des dispositions légales nouvelles au cours de quatre périodes entre 1921 et 1985. Une autre partie s'attarde à montrer les conséquences sociales et légales de telles dispositions.

---

The article deals with the social production of the canadian criminal law concerning drunk driving. After a survey of the literature, part of the work describes the integration of new legal provisions during the four periods between 1921 and 1985. Another part shows the social and legal consequences of such legal provisions.

---

\*. Cet article est tiré d'une thèse de troisième cycle en criminologie.

\*\*. Ph.D., Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal.

## SOMMAIRE

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Processus de criminalisation primaire et droit criminel . . . . .                                            | 103 |
| 2. L'origine des modifications et les vagues de discours<br>sur plus de soixante années . . . . .               | 106 |
| 2.1 Les années vingt . . . . .                                                                                  | 106 |
| 2.2 Les années cinquante . . . . .                                                                              | 107 |
| 2.3 Les années soixante . . . . .                                                                               | 111 |
| 2.4 Les années quatre-vingt . . . . .                                                                           | 113 |
| 3. Les conséquences du contrôle social étatique des<br>états altérés de la conscience des conducteurs . . . . . | 116 |
| 3.1 L'efficacité du contrôle pénal par les moyens adoptés . . . . .                                             | 116 |
| 3.2 La nécessaire intrusion dans les droits individuels . . . . .                                               | 118 |
| 3.3 La validité de la loi . . . . .                                                                             | 119 |

## 1. Processus de criminalisation primaire<sup>1</sup> et droit criminel

La production sociale de la loi demeure encore relativement peu développée dans les écrits si l'on compare ce champ de recherche aux nombreuses études sur les comportements incriminés ou sur la réaction sociale des institutions pénales. Toutefois, les gouvernements, la législation déléguée et les décisions judiciaires édictent en grand nombre des lois et des règlements pour gérer la vie en collectivité.

Les problématiques concernant l'élaboration et la constitution des dispositions légales de niveau législatif empruntent à différents modèles théoriques dont celui du consensus<sup>2</sup> ou celui critique. Elles font appel aux points de vue des acteurs sociaux impliqués<sup>3</sup>, aux intérêts à protéger<sup>4</sup> ou encore aux mécanismes de pouvoir en jeu au cours d'un processus<sup>5</sup>. L'une ou l'autre des problématiques suscite un modèle explicatif différent. Par exemple, les lois à incidence économique ont particulièrement été abordées par des interprétations alliant les intérêts de classe et le matérialisme<sup>6</sup>. Les lois concernant la prostitution<sup>7</sup>, les

- 
1. P. HEBBERECHT, «Les processus de criminalisation primaire», (1985) 9 *Déviance et société* 59.
  2. J. HALL, *Theft, Law and Society*, 2e éd., Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1952; E. SUTHERLAND, «The Diffusion of Sexual Psychopath Laws», (1950) 56 *American Journal of Sociology* 142.
  3. R.C. HOLLINGER et L. LANZA-KADUCE, «The Process of Criminalization: the Case of Computer Crime Laws», (1988) 26 *Criminology* 101; P. MORGAN, «The Legislation of Drug Law: Economic Crisis and Social Control» dans J.D. ORCUT (dir.), *Analysing Deviance*, Illinois, Dorsey Press, 1983; J. HAGAN et J. LEON, «Rediscovering Delinquency: Social History, Political Ideology and the Sociology of Law», (1977) 42 *American Sociological Review* 587.
  4. P. LASCOUMES, «Du droit-contrainte au droit ressource» (non publié); P. LASCOUMES, R. ROTH et R. SANSONETTI, *L'incrimination en matière économique*, travaux Cetel, Genève, Faculté de droit, Université de Genève, 1989, no 34.
  5. W.J. CHAMBLISS, «On Law Making», (1979) 6 *British Journal of Law and Society* 149; L. SNIDER, «Legal Reform and Social Control: the Dangers of Abolishing Rape», (1985) 13 *International Journal of the Sociology of Law* 337; E. COMACK, «The Origins of Canadian Drug Legislation: Labelling Versus Class Analysis», dans T. FLEMING (dir.), *The New Criminologies in Canada, State, Crime and Control*, Toronto, Oxford University Press, 1985; J.J. SAVELBERG, «The Making of Criminal Law Norms in Welfare States: Economic Crime in West Germany», (1987) 21 *Law and Society Review* 529.
  6. W.J. CHAMBLISS, «The State, the Law and the Definition of Behavior as Criminal or Delinquent», dans D. GLASER (dir.), *Handbook of Criminology*, Chicago, Rand McNally College Publishing, 1976.
  7. P. ROBY, «Politics and Criminal Law: Revision of the New York State Penal Law on Prostitution», (1969) XVII *Social Problems* 83.



drogues<sup>8</sup>, la prohibition de l'alcool<sup>9</sup> ont donné lieu davantage à des interrogations où l'interdiction morale est vue comme traduite dans la norme légale.

La définition sociale d'un comportement à criminaliser est éclairée par la sociologie des problèmes sociaux<sup>10</sup> et de l'interactionnisme<sup>11</sup>. Selon cette optique, les acteurs sociaux déterminent le sens de l'interaction par les significations qu'ils attribuent à un comportement. Il est concevable qu'un comportement peut se voir attribuer plusieurs significations dont une s'impose. Un certain nombre de dimensions rendent compte des significations. Une première dépend du recours à un savoir spécifique. Dans ce cas, l'entreprise est déterminante pour l'acteur qui fait usage de connaissances spécialisées. Une seconde dimension concerne l'intervention de l'entrepreneur moral en tant que faiseur de règles<sup>12</sup>. Lorsqu'il réussit sa croisade, la loi reflète son influence morale ou puritaine. Une troisième dimension touche davantage à l'aspect structurel de la lutte et des compromis auxquels se soumettent les acteurs lors de la formulation d'une loi. Chacun essaie au cours du processus de défendre ses convictions ou ses intérêts de groupe. Ceux ne possédant pas suffisamment de pouvoir ne pourront empêcher que soient criminalisés les comportements pour lesquels ils ont milité<sup>13</sup>. Une autre dimension a trait à la temporalité de la mesure à légiférer. Elle s'exprime ainsi: à court terme l'Etat ne reconnaît pas les demandes des dominants ou adopte des lois les contraignant. A long terme toutefois, la survie du capitalisme est assurée par des lois inapplicables ou inappliquées<sup>14</sup>. Cette dimension relativise l'impact des

- 
8. N. BOYD, «The Dilemma of Canadian Narcotics Legislation: The Social Control of Altered States of Consciousness», (1983) 7 *Contemporary Crisis* 257.
  9. J. GUSFIELD, *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, University of Illinois Press, 1963.
  10. J. SCHNEIDER et J. KITSUSE (dir.), *Studies in the Sociology of Social Problems*, Norwood, Ablex Pub., 1984.
  11. G. RITZER, *Sociology: A Multiple Paradigme Science*, Boston, Allyn and Bacon, 1975.
  12. H. BECKER, *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, Free Press, 1963.
  13. B.A. STOLZ, «Interest Groups and Criminal Law: the Case of Federal Criminal Code Revision», (1984) 30 *Crime and Delinquency* 91; B. YOUNG, «The Emergence of Canadian Anti-Combines Legislation», dans C.H. GOFF and C.E. REASONS (dir.), *Corporate Crime in Canada: a Critical Analysis of Anti-Combines Legislation*, Scarborough, Prentice-Hall, 1978.
  14. J.J. SAVELSBERG, loc. cit., note 5; R. SMANDYCH, «Marxim and the Creation of Law: Re-examining the Origins of Canadian Anti-Combines Legislation, 1890-1910», dans T. FLEMING (dir.), *The New Criminologies in Canada, State, Crime and Control*, Toronto, Oxford University Press, 1985, p. 87; E. COMACK, loc. cit., note 5; M. RUSTIGAN, «A Reinterpretation of Criminal Law Reform in Nineteenth Century England», dans D.F.

événements ponctuels ou le poids attribué à un type d'acteur. Une attention portée aux dispositions des projets de loi, aux interventions en chambre, aux solutions préconisées permet d'entrevoir que la dialectique court terme-long terme peut se dissiper aux dépens d'une linéarité du contrôle social, particulièrement dans le domaine de l'ivresse au volant.

Les lois canadiennes criminalisant la conduite après avoir consommé de l'alcool ont été analysées en terme d'acteurs sociaux. Leurs représentations ont donné prise à plusieurs modifications législatives entre 1921 et 1985, dont quatre processus significatifs: les années 20, 50, 60 et 80. Nous nous sommes attardé à la nature et au nombre des interventions législatives. Puis, nous avons fait le rapport entre les définitions sociales du comportement, les stratégies auxquelles les acteurs ont eu recours pour soumettre et faire accepter leur point de vue, et les enjeux suscités pour les acteurs et pour la loi. Nous limitons notre réflexion aux définitions des dispositions législatives.

## **2. L'origine des modifications et les vagues de discours sur plus de soixante années**

De 1921 à 1985 l'ivresse au volant<sup>15</sup> a été l'objet de la législature de façon cyclique. Il en ressort une inflation législative qui ne transparaît pas à première vue. Cette inflation prend la forme d'un contrôle étatique de plus en plus raffiné. Dans la suite du texte nous allons illustrer l'origine sociale des processus, concentrer sur les dispositions législatives et faire ressortir les conséquences qu'elles entraînent.

### **2.1 Les années vingt**

Le Gouvernement fédéral intervient pour la première fois dans la juridiction de l'ivresse au volant en 1921. A la même époque, des mouvements de citoyens réclamaient la prohibition de l'alcool (vente,

---

GREENBERG (dir.), *Crime and Capitalism*, Palo Alto, Californie, Mayfield, 1980; A. HOPKINS, «Pressure Group and the Law», (1979) 3 *Contemporary Crisis* 69; A.E. MCCORMICK, «Dominant Class Interest and the Emergence of Antitrust Legislation», (1979) 3 *Contemporary Crisis* 399.

15. Terme générique utilisé dans ce travail pour les définitions légales de: conduite en état d'ivresse, conduite avec facultés affaiblies, conduite avec plus de .08, refus du test de l'ivressomètre et conduite dangereuse avec facultés affaiblies.

production) à la grandeur du pays<sup>16</sup> sans l'associer à la conduite d'un véhicule à moteur. En parallèle aux préoccupations de ces mouvements, le travail en usine est vu comme une menace pour la vie et la santé des travailleurs<sup>17</sup>. La production de l'automobile est alors en pleine expansion particulièrement au Canada (80 000 véhicules en 1918)<sup>18</sup>. L'automobile, de plus en plus accessible, rend le comportement d'ivresse au volant menaçant. Le ministre de la Justice y a référé en des termes non équivoques: «le comportement est très grave, dangereux et le fait d'individus inattentifs par l'effet de l'alcool. Les conséquences directes et immédiates sont les accidents entraînant des blessés et des morts»<sup>19</sup>.

Le danger potentiel et inquiétant a été traduit dans le Code criminel. Les législateurs créent l'infraction de conduite en état d'ivresse assortie d'une peine minimale de sept jours de prison pour une première infraction. La loi ne prévoit pas de moyen pour évaluer l'état d'ivresse. L'état du conducteur plutôt que son comportement est le critère pour déterminer la responsabilité<sup>20</sup>. Les dispositions de la loi sont formulées dans des termes suffisamment vagues pour que les juges et les policiers puissent l'interpréter au moment opportun. La peine prescrite est sévère. La peine de type minimal, obligatoire donc et retirant le pouvoir discrétionnaire au juge, est exceptionnelle par rapport à l'ensemble des peines du Code criminel. Dans le domaine étudié, elle constitue la première d'une série d'exceptions<sup>21</sup>. La peine demeure minimale au-delà des dernières modifications de 1985.

- 
16. R. ALLEN, «The Triumph and Decline of Prohibition», dans J.M. BUMSTED (dir.), *Documentary Problems in Canadian History: Post-Confederation*, vol. II, Georgetown, Irwin-Dorsey, 1969; Québec, Commission d'enquête sur le commerce des boissons alcooliques au Québec, Québec, Editeur officiel, 1971; R. PREVOST, S. GAGNE et M. PHANEUF, *L'histoire de l'alcool au Québec*, Canada, Stanké, Edition internationale, 1986, 239 p.
  17. R.F. BORKENSTEIN, «Historical Perspective: North American Traditional and Experimental Response», (1985) 10 *Journal of Studies on Alcohol* 3.
  18. Québec, Ministère de l'industrie et du commerce, Direction générale de la recherche et de la planification, *L'industrie de l'automobile au Canada et au Québec: Description et analyse*, Québec, 1986.
  19. Canada, Chambre des communes, Débats à la p. 3911 (26 mai 1921).
  20. I. LAGARDE, *Nouveau Code Criminel Annoté*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957.
  21. Il y a peu d'infractions dans le Code qui sont passibles de peine minimale. Ce sont la haute trahison, le meurtre (premier et deuxième degré), l'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction, la gageure, le pari, l'importation et l'exportation de stupéfiants.

## 2.2 Les années cinquante

Les experts du domaine médical ont été préoccupés par l'intoxication par l'alcool depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>22</sup>. Toutefois, ils ont commencé à adapter les résultats de leurs études au domaine du roulage au cours des années quarante bien avant que ne débutent les débats parlementaires canadiens. En 1950 se tient la First International Conference on alcohol and Traffic à Stockholm inaugurant une scène exceptionnelle de diffusion des résultats de la production médicale mondiale sur l'alcool et le roulage et un nouveau créneau de connaissances pour le champ pénal. La seconde conférence a lieu à Toronto en 1953. Les questions soulevées lors des conférences concernent une définition des capacités affaiblies par l'alcool ou la drogue, les problèmes techniques et légaux que pose l'analyse chimique d'un échantillon de sang d'urine, d'haleine, de salive pour déterminer l'intoxication, la question controversée d'obliger un conducteur à donner un échantillon. Il est rappelé que des législations étrangères comme «les Etats-Unis, la Suède, admettent les analyses en preuve au tribunal, mais le résultat est considéré avec d'autres preuves comme un rapport de la police»<sup>23</sup>. Les débats parlementaires ne feront pas mention des conférences. Des Canadiens y ont présenté leur étude sur l'intoxication<sup>24</sup>. Un de ceux-là, pharmacologue, spécialiste des drogues est membre du comité organisateur de la deuxième conférence. Il s'intéresse aux méthodes pour déterminer la teneur d'alcool dans le sang par l'haleine. Pour lui, et d'autres, le test de l'haleine est «la substance

---

22. J.C. SOURNIA, *Histoire de l'alcoolisme*, Paris, Flammarion, 1985.

23. R. ANDREASSON, «Union of Temperance Drivers of Sweden», International Conference on Alcohol and Road Traffic, held in Toronto, 1953, *Proceedings of the Second International Conference on Alcohol and Road Traffic*, Toronto, Garden City Press Co-Operative, 1955, p. 9.

24. E. CAMPBELL, «Procedures of the National Safety Council Relating to Alcohol and Road Traffic», International Conference on Alcohol and Road Traffic, held in Toronto, 1953, *Proceedings of the Second International Conference on Alcohol and Road Traffic*, Toronto, Garden City Press Co-Operative, 1955; G.H.W. LUCAS et al., «Quantitative Studies of the Relationship between Alcohol Levels and Motor Vehicle Accidents», International Conference on Alcohol and Road Traffic, held in Toronto, 1953, *Proceedings of the Second International Conference on Alcohol and Road Traffic*, Toronto, Garden City Press Co-Operative, 1955; H. WARD SMITH, «The Specificity of the Dessication Method for Determining Alcohol in Biological Fluids», (1951) 38 *Journal of Laboratory and Clinical Medicine* 762; J.K. FERGUSON and R.G. BELL, «The Computation of Concentration of Alcohol in the Blood as a Function of Intake, Body, Weight and Time», International Conference on Alcohol and Road Traffic, held in Toronto, 1953, *Proceedings of the Second International Conference on Alcohol and Road Traffic*, Toronto, Garden City Press Co-Operative, 1955.

corporelle la plus simple et la plus rapide à obtenir»<sup>25</sup>. Un autre expert canadien de renom aussi préoccupé par le métabolisme depuis plus de 20 ans précise que «l'idée fondamentale d'une analyse est d'arriver à démontrer scientifiquement qu'il y a de l'alcool dans le sang mais non à prouver, à partir des différentes analyses, de sang, de l'haleine, de la salive que les facultés de tous les individus sont définitivement affaiblies à partir du même taux car les variations individuelles sont trop importantes»<sup>26</sup>. Il précise au sujet du test de l'haleine que ce test n'est pas fidèle à partir de la constatation suivante: «l'analyse de l'haleine suppose que le taux d'alcool dans les poumons équivaut au taux d'alcool dans le sang. Comme on ne peut mesurer justement l'alcool dans les poumons on ne peut mesurer l'alcool dans le sang»<sup>27</sup>.

Les études de ces experts ont permis d'entrevoir et d'instaurer un contrôle scientifique et légal du comportement d'ivresse au volant. En effet, les législateurs, dont le ministre de la Justice Garson, en plus de dénoncer à répétition le fléau de l'ivresse au volant à la Chambre des communes par des considérations très générales sur les tueurs de la route, sur la puissance grandissante des moteurs des véhicules, sur la piètre qualité des pneus, des freins, des phares, des routes, ont cité à de nombreuses reprises les études médicales. Reprenant les thèses des docteurs Rabinowitch et Ward Smith, les législateurs ont soutenu qu'il existait un lien scientifiquement établi entre la consommation d'alcool et la diminution des capacités pour conduire, ainsi que des méthodes éprouvées permettant d'en évaluer le taux. «Il est maintenant scientifiquement établi que l'alcool diminue l'efficacité d'un chauffeur de sorte qu'il ne peut plus conduire avec son habileté ordinaire même si l'influence de la boisson reste bien en-deça de l'ivresse complète»<sup>28</sup>. Une grande question était: comment mesurer le lien entre l'alcool et l'affaiblissement. Devait-on retenir une analyse spécifique et la rendre obligatoire? L'analyse chimique du sang, de l'urine, de l'haleine est décrite comme permettant d'établir les raisons de l'affaiblissement. Selon les termes du projet de loi, le résultat de l'analyse chimique servirait en preuve au tribunal bien qu'avant de donner l'échantillon la

---

25. H. WARD SMITH, id.; R.F. BORKENSTEIN, «Objective Proof of Alcoholic Influence» International Conference on Alcohol and Traffic, held in Stockholm, 1950, Proceedings of the First International Conference on Alcohol and Road Traffic, Stockholm, Kugelsberg Boktryckeri, 1950.

26. I. RABINOWITCH, «Medicolegal Aspects of Chemical Tests of Alcoholic Intoxication», (1948) 26 The Canadian Bar Review 1437.

27. Id., 1456.

28. Canada, Chambre des communes, Débats à la p. 4799 (25 juin 1951).

personne n'ait pas été avertie qu'elle n'était pas tenue de le donner et que les résultats serviraient en preuve. Telle que stipulée la disposition n'était pas considérée comme créant une obligation. Des législateurs soumettaient au contraire qu'elle empiétait sur les droits des sujets<sup>29</sup>. Mais, ont-ils ajouté, «comme les chauffeurs constituent un grave problème, il faut prendre des mesures rigoureuses»<sup>30</sup>. «Le grand avantage de focaliser sur l'effet de l'alcool est de faciliter la mise en application. Mais comment pourra-t-on obtenir une condamnation fondée uniquement sur des épreuves chimiques»<sup>31</sup>? Le ministre a répondu que «le tribunal décidera si la capacité de conduire était affaiblie. Si la chose n'est pas établie, l'inculpé est acquitté»<sup>32</sup>.

L'ivresse au volant est désignée dans la loi (1951) par une nouvelle définition: la conduite avec facultés affaiblies par l'alcool ou la drogue. Une première infraction est passible par déclaration sommaire de culpabilité ou par un acte d'accusation, d'une peine minimale de 50 dollars ou d'un emprisonnement d'au plus trois mois. Le résultat d'une analyse chimique d'un échantillon de sang, d'urine, d'haleine, ou de toute autre substance corporelle peut être admis en preuve par le tribunal bien que la personne n'ait pas été avertie qu'elle n'était pas tenu de le donner ou que les résultats pouvaient servir en preuve. L'analyse n'est pas obligatoire. Le refus n'est pas sanctionné. Cet élément de preuve, aux dires des opposants, crée une présomption et condamne l'accusé en se fondant sur des preuves scientifiques. Il constitue dans ce domaine, une innovation pour le Code criminel du Canada. La responsabilité pénale est toujours déterminée par le conducteur intoxiqué. Toutefois, comme la peine pour une première infraction est moins sévère que celle établie en 1921, laquelle prévoyait un emprisonnement d'au moins 7 jours, le niveau de responsabilité est diminué<sup>33</sup>. La négligence criminelle dans la mise en service d'un véhicule à moteur est aussi intégrée au Code criminel au cours de ce processus. La peine est un emprisonnement passible de cinq ans s'il y a poursuite pour un acte criminel. Le degré de faute se veut moins étendu que la négligence criminelle en général.

Au cours de ce processus, il y a eu des demandes répétées pour des solutions non pénales. Les solutions préconisaient l'éducation des gens

---

29. Id., p. 4798.

30. Id., p. 4797.

31. Id., p. 4803.

32. Id., p. 4804.

33. I. LAGARDE, op. cit., note 20.

en général et des conducteurs, le contrôle de l'âge pour l'obtention d'un permis de conduire, l'offre de stages de désintoxication aux alcooliques, le contrôle de la puissance des automobiles, des études sur la situation, et l'élaboration d'une collaboration entre les gouvernements provinciaux et fédéral. La plupart de ces solutions, difficiles à intégrer au Code, n'ont pas été retenues.

### 2.3 Les années soixante

Les modifications législatives du processus des années soixante ont porté sur des propositions inédites pour le Canada. La question essentielle a concerné la détermination d'un taux d'intoxication uniforme pour les conducteurs. Divers taux ont été suggérés par les experts du domaine médical<sup>34</sup>. Les experts du domaine légal les ont appuyés<sup>35</sup>. Les taux ont varié de 30 mg à 150 mg d'alcool par 100 ml de sang. Un seul des experts du domaine médical a souligné qu'un taux unique devait être considéré comme une mesure arbitraire, s'il n'est pas tenu compte de facteurs individuels comme le poids, la fatigue, le temps d'absorption de l'alcool par l'organisme, etc.<sup>36</sup> La mesure préconisée était le test de l'haleine. Le choix final s'est porté à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang et obtenu par l'ivressomètre. Ce taux, déjà en vigueur en Grande-Bretagne<sup>37</sup> et aux Etats-Unis, a été emprunté à l'étude Grand Rapid dirigée par Borkenstein, un Américain inventeur du breathalyzer, professeur en administration de la police à Indiana University.

En 1969 donc, l'infraction de conduite avec plus de 80 mg d'alcool par 100 ml de sang est adoptée. Il s'agit d'une infraction punissable, pour une première infraction, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une peine minimale de 50 dollars à un maximal de 1000 dollars ou

---

34. H. WARD SMITH, «Drinking and Driving», (1960-61) 3 The Criminal Law Quarterly 65; H. WARD SMITH, «Pharmacology of Alcohol and Alcohol-drug Combinations, Alcohol and Road Traffic Safety», held in Bloomington, 1965, Proceedings of the Fourth International Conference on Alcohol and Traffic Safety, Bloomington, Indiana University, 1965; H. WARD SMITH, «Methods for Determining Alcohol», dans A. CURRY (dir.), Methods of Forensic Sciences, vol IV, London, Interscience Publishers; H. WARD SMITH and D.M. LUCAS, «Breath Tests for Alcohol», (1958-59) 1 The Criminal Law Quarterly 25; W. TROUP, «The Motor Vehicle Fatality Record in Canada. Medical Aspects of Traffic Accidents» Proceedings of The Montreal Conference, Sun Life Assurance Company of Canada, 1955.

35. Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, Concernant le Bill C-87, Loi modifiant le Code criminel (conduite en état de capacité affaiblie), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1er novembre 1966 à la p. 510.

36. Id., 3 novembre 1966 à la p. 541.

37. U.K., Ministry of Transport, Road Safety Legislation, 1965.

d'un emprisonnement de six mois ou les deux. Pour une seconde infraction, c'est l'emprisonnement. L'ivressomètre recueille l'échantillon d'haleine. Le résultat sert à établir la preuve de l'intoxication. Le défaut ou le refus de fournir un échantillon d'haleine est passible de la même peine que la nouvelle infraction. La conduite en état d'ivresse est abrogée. En 1976, les deux infractions deviennent aussi des actes criminels. L'amende maximale est augmentée à 2000 dollars.

La loi de type express (*per se law*) établit un nouveau standard de responsabilité<sup>38</sup>. En effet, la responsabilité n'est plus basée sur les remarques subjectives de témoins mais sur le résultat objectif obtenu de l'ivressomètre. Il s'agit moins de montrer que le conducteur est intoxiqué que de prouver légalement que ses facultés sont affaiblies au-delà du niveau déterminé par la loi. Un certificat constitue la preuve évidente que les facultés étaient affaiblies au-delà de .08. Cette preuve facilite donc la condamnation du conducteur. Désormais, le juge détermine la culpabilité à partir de preuves obtenues d'un instrument. Cette preuve ressemble à l'autoincrimination en vertu du droit criminel comme l'ont souligné des législateurs. «Une personne est présumée innocente jusqu'à preuve du contraire et cela doit demeurer. Il ne faut pas qu'une mesure qui cherche à nous guérir du fléau des conducteurs ivres ne doit pas constituer un mal pire que celui qu'elle cherche à guérir»<sup>39</sup> (Nielsen, P.C.; McCleave, P.C.; Woolliams, P.C. 1969/1/23, p. 4732, p. 4786). En fait, «est coupable celui qui refuse de se laisser incriminer. Je suis convaincu qu'on devrait rayer les modifications proposées»<sup>40</sup> (Otto, P.L., 1969/2/11, p. 5380). Toutefois, les dispositions ont été adoptées pour contrer «l'hécatombe de la route».

## 2.4 Les années quatre-vingt

Les années quatre-vingt constituent la dernière vague d'interventions législatives. L'origine du processus est attribuée au discours moral des citoyens-victimes (Mothers Against Drunk Drivers) qui a singularisé le danger en nommant les victimes de la route.

---

38. D. LABRECHE, «Les infractions de la route», C.F.P.B.Q., Droit pénal, 14, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1986.

39. Canada, Chambre des communes, Débats à la p. 4732 (23 janvier 1969).

40. Canada, Chambre des communes, Débats à la p. 5380 (11 février 1969).



Contrairement aux autres processus, il n'y a pas eu d'investigation sur de nouvelles connaissances. Les documents présentent un bilan des connaissances existantes ou approfondissent certains points.

Les grandes questions traitées par les experts des domaines légal, médical, du transport, des sciences sociales ont porté sur les opinions, connaissances, attitudes de la population en général et de publics cibles sur l'ivresse au volant et sur les caractéristiques des conducteurs ivres<sup>41</sup>.

Concernant la première question, les études ont montré que le comportement n'est pas perçu comme un crime sérieux par la population en général. Il le devient si des conséquences négatives en résultent comme des dommages à autrui, des blessés ou des morts. Il semble, à cet effet, que la loi dissuade, non par la sévérité des peines, mais par la possibilité réelle d'une arrestation. Il s'agit donc de porter l'attention sur la perception du risque d'être arrêté.

Concernant la seconde question, il résulte que parmi l'ensemble des conducteurs avec facultés affaiblies, il existe un sous-groupe à haut risque (les dangereux inconséquents) sur lequel il s'agit de concentrer les efforts législatifs et éducatifs. Il y a également ceux qui souffrent de problèmes d'alcoolisme et de troubles de personnalité, ce qui les rend négligents au volant. Il existe aussi le conducteur récidiviste qui a été condamné plus d'une fois.

La solution au problème social de l'ivresse au volant a été de légiférer par la création de nouvelles infractions. Ce sont la conduite dangereuse (un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans ou une infraction sommaire) et l'interdiction de conduire pendant trois ans; la conduite dangereuse causant des lésions corporelles

---

41. Canada, Ministère de la Justice, Direction de la politique des programmes et de la recherche, Conduite avec facultés affaiblies: Caractéristiques des conducteurs en état d'ébriété par A.C. DONELSON, D.J. BEIRNESS et D.R. MAYHEW, rapport no 1, janvier 1985; Canada, Ministère de la Justice, Direction de la politique, des programmes et de la recherche, Conduite avec facultés affaiblies. Alcool et accidents sur la route du Canada: Stratégies et priorités futures par A.C. DONELSON, rapport no 4, janvier 1985; Canada, Ministère de la Justice, Direction de la politique, des programmes et de la recherche, Background Paper on Fine and Imprisonment Options for Drinking and Driving Offences par D. STEPHENS, 1984; GOLDFARB CONSULTANTS, Drinking and Driving in Canada, A research Report for Documentary Production on Behalf of Insurance Bureau of Canada, 1983; Canada, Ministère des transports, Direction de la sécurité routière et des véhicules automobiles, A National Household Survey on Drinking and Driving: Knowledge, Attitudes and Behaviour of Canadians Drivers par J. WILSON, 1984.

(un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de 10 ans de prison), et l'interdiction de conduire pendant 10 ans; la conduite dangereuse causant la mort (un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de 14 ans de prison) et l'interdiction de conduire pendant 10 ans.

Ces nouvelles infractions parent à l'obligation qu'a l'Etat de prouver la négligence criminelle. Au cours des années cinquante, les commissaires chargés de la refonte du Code criminel avaient préconisé que l'infraction soit commise indépendamment des conséquences qui pouvaient survenir de cette négligence. La négligence criminelle au volant est davantage liée à l'insouciance. Il faut prouver le risque téméraire ou déréglé (*wanton or reckless disregard*) par rapport à une conduite adoptée par une personne raisonnable dans des circonstances similaires. Lors du processus des années quatre-vingt, le ministre de la Justice avait souligné à la Chambre que les nouvelles infractions créent un «*lower standard of culpable behavior and eliminate the need to distinguish driving that showed wanton or reckless disregard from driving that is dangerous to the public*»<sup>42</sup>. Les infractions sont toujours considérées par rapport aux circonstances particulières où elles sont produites, mais le niveau de responsabilité a été diminué<sup>43</sup>. Il faut toujours prouver la faute du conducteur, mais cette faute n'a pas à atteindre le caractère de témérité de la négligence criminelle. Le comportement est une infraction parce que la personne est dangereuse au volant. Les nouvelles infractions se distinguent de la négligence criminelle non par l'insouciance ou la conscience du risque, mais par la gravité du risque à prouver qui est moindre que celui de la négligence criminelle.

Parallèlement à la création de ces infractions, la Commission de réforme du droit du Canada préconisait, dans un document de travail en 1985, l'instauration de l'infraction générale de mise en danger par insouciance. Cette infraction se limiterait aux actes entraînant un danger de mort ou de lésions corporelles graves. Un des buts était de constituer «une infraction permettant de frapper des comportements qui méritent clairement d'être dénoncés par leur témérité ou qui ne sont pas

---

42. Canada, Chambre des communes, Débats à la p. 1385 (20 décembre 1984).

43. M. FRIEDLAND, M. TREBILCOCK et K. ROACH, *Regulating Traffic Safety: A Survey of the Effectiveness of Control Strategies*, Law and Economics Workshops Series, Toronto, Faculty of Law, University of Toronto, 1987.

visés par des infractions plus spécifiques»<sup>44</sup>. Les commissaires reconnaissaient que les infractions relatives à la conduite automobile considérées comme constituant un préjudice secondaire à la collectivité, en vertu du dommage qui aurait pu être causé, étaient déjà traitées dans le Code criminel. Leurs propositions ne visaient pas à les abolir.

La loi permet également de prélever des échantillons de sang pour évaluer l'intoxication des conducteurs dans des circonstances particulières. L'échantillon est permis uniquement si la personne est incapable de fournir un échantillon d'haleine ou si le prélèvement n'est pas réalisable. L'échantillon doit être prélevé par un médecin qualifié ou un technicien sous sa supervision. Le refus de fournir un échantillon de sang est punissable par procédure sommaire ou par mise en accusation d'une amende minimale de 300 dollars; si l'infraction est poursuivie par procédure sommaire, l'emprisonnement maximal est de six mois et par mise en accusation l'emprisonnement maximal est de cinq ans. Le principe de prendre un échantillon de sang a soulevé une controverse malgré les spécifications établies par la loi. En effet, plusieurs acteurs ont constaté l'empiètement que la disposition crée sur les libertés civiles, mais du même souffle ils avouaient que la situation de danger les amenait à donner leur consentement à la disposition (le principe de l'inviolabilité de la personne).

Par ailleurs, un nouveau moyen permet dorénavant qu'une dénonciation sous serment puisse être présentée par téléphone. Il s'agit du télémandat.

L'amende minimale pour une première infraction sommaire est portée à 300 dollars pour les infractions de conduite avec facultés affaiblies, de conduite avec plus de 80 mg par 100 ml de sang et pour le refus de fournir un échantillon d'haleine. S'ajoute à cette peine l'interdiction de conduire pendant trois mois. Par voie de mise en accusation, l'emprisonnement maximal est de cinq ans.

---

44. COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, Droit pénal, L'omission, la négligence et la mise en danger, document de travail 46, Ottawa, 1985, p. 43.

### 3. Les conséquences du contrôle social étatique des états altérés de la conscience des conducteurs

#### 3.1 L'efficacité du contrôle pénal par les moyens adoptés

Désignée comme un crime de riches<sup>45</sup> au début du siècle, puisque les rares véhicules n'étaient accessibles qu'aux personnes qui pouvaient se payer le luxe d'un tel transport, l'ivresse au volant est devenue, au cours des années, le crime potentiel des classes moyennes. Le nombre de véhicules montant en flèches par l'accès facile au véhicule à moteur, les lois sur la prohibition de l'alcool étant abrogées et l'action de la police pouvant être exceptionnellement proactive pour ce crime sans victime.

La conduite avec capacités affaiblies et la conduite avec plus de .08 sont des crimes sans victime par excellence. L'Etat criminalise les facultés altérées, non le comportement. Le crime est d'être reconnu ivre au volant à partir de normes légales définies par la loi ou par le biais de témoignages. C'est l'état de conscience altéré, selon l'expression de Boyd<sup>46</sup>, qui est criminalisé. C'est l'état d'ivresse tel qu'il est défini dans le Code criminel, mais aussi tel qu'il peut être démontré à partir de la limite légale uniforme décrétée pour tous les conducteurs, laquelle n'exige pas de prouver que la personne est réellement ivre. Elle est légalement ivre. Par contre, d'autres infractions comme le manque d'arrêter après un accident ou la conduite dangereuse causant des lésions corporelles ou la mort visent directement des comportements dont une conséquence cause des blessés ou des morts. Il s'agit alors de crimes avec victimes où la consommation d'alcool et l'intention constituent les éléments de l'infraction. Ces infractions visent les conséquences résultant des facultés altérées.

Ces dispositions légales visent à intercepter les infracteurs avec certitude. Les modifications aux définitions ont amené un déplacement du critère de responsabilité. En effet, les définitions d'état d'ivresse et de conduite avec facultés affaiblies demandent à être interprétées pour établir la responsabilité du conducteur. La définition de conduite avec facultés affaiblies sollicite également le support de témoins pour déterminer si les facultés de l'individu sont affaiblies. C'est l'état non le comportement qui est visé. Par contre, la conduite avec plus de .08

---

45. D.R. CRESSEY, «Law, Order, and the Motorist», Bristol Seminar on the Sociology of the Police, Février 1971, [non publié].

46. N. BOYD, loc. cit., note 8.

établit la responsabilité à partir d'un appareil. La preuve de la culpabilité repose sur un seuil plutôt que sur des témoignages.

Les nouvelles infractions de conduite avec facultés affaiblies causant la mort ou des lésions corporelles tiennent compte des conséquences. Il y a toujours l'obligation de prouver l'aspect intentionnel de l'action, mais cet aspect n'a pas à atteindre le caractère de témérité de la négligence criminelle.

Par ailleurs, la peine attribuée, de type minimal implique que le pouvoir discrétionnaire du juge est sérieusement limité. Un conducteur reconnu coupable est obligatoirement pénalisé. La peine minimale, une exception par rapport à la majorité des peines du Code criminel, a été décrite comme la solution au problème de l'ivresse au volant.

La formulation de la loi vise potentiellement, de façon symbolique ou instrumentale, tous les comportements au volant autant les crimes dit avec victimes que les crimes sans victime. Le contrôle de l'Etat n'a cessé de proliférer. Les formulations des dispositions ont été aménagées pour clarifier le comportement et pour faciliter la punition. Autrement dit, la certitude du contrôle étatique et de la peine n'a cessé d'être consolidée depuis 1921.

### **3.2 La nécessaire intrusion dans les droits individuels**

L'élaboration et l'intégration de certaines dispositions législatives a soulevé des commentaires au sujet des droits des individus. Nous avons résumé l'essentiel des propos dans la section précédente en opérant nécessairement une réduction de leur portée. Les commentaires prenaient la forme suivante: la disposition constitue un empiètement sur les droits collectifs. Toutefois, étant donné l'ampleur et l'ubiquité du problème social de l'ivresse au volant, il faut adopter des mesures d'exceptions. Des propositions qui semblaient inacceptables aux législateurs ou à d'autres acteurs, au cours d'un processus sont devenus, lors d'un processus subséquent, des dispositions de la loi.

Des exemples: faire une analyse chimique d'un échantillon de sang, d'urine, ou d'haleine et l'utiliser en preuve bien que la personne n'ait pas été avertie qu'elle n'est pas obligée de le fournir, est devenue une disposition obligatoire; de la même façon, utiliser en preuve le résultat de l'ivressomètre, rendre le test obligatoire, ou utiliser un pourcentage uniforme d'intoxication; permettre la prise d'un échantillon de sang dans

des circonstances particulières. Ainsi, l'inclusion des dispositions a amené de plus en plus une percée dans la vie privée des conducteurs par les tests obligatoires d'haleine, d'urine et de sang (le plus récent), par l'obligation d'avoir le permis de conduire pour la conduite d'un véhicule, ce qu'on pourrait nommer autrement une carte d'identité, par le contrôle informatisé et permanent de l'ensemble des conducteurs grâce à un ordinateur central (le Centre des renseignements des policiers du Québec ou encore la banque de la Régie de l'assurance automobile du Québec, etc.). Nous considérons dorénavant que la séparation entre les comportements privés et publics n'a plus la même ampleur ni la même signification dans la loi.

Ces transformations radicales ont été faites lentement et de façon progressive. A chaque processus une proposition, qui auparavant paraissait inacceptable, devient finalement une solution acceptable en vertu du discours sur le danger que représente l'ivresse au volant. Nous nous dirigeons sans doute, dans ce domaine, pour reprendre l'expression de G. Marx<sup>47</sup> vers une société à sécurité maximale.

### 3.3 La validité de la loi

Nous venons de voir aux points précédents que les dispositions de la loi facilitent un contrôle légal ramifié et certain. La peine exprime effectivement la menace de la loi. De fait, la loi sélectionne une grande population d'infracteurs. En 1987, 128,055 personnes ont été inculpées au Canada pour la conduite avec facultés affaiblies (comprenant la conduite avec facultés affaiblies, causant la mort, causant des lésions corporelles, le taux dépassant .08). Ce nombre représente 20% des inculpations en vertu du Code criminel. Environ 20,000 personnes ont été condamnées à des peines d'emprisonnement<sup>48</sup>. Si la sanction rend visible le comportement, ces transgressions montrent peu que le comportement d'ivresse au volant peut être vu comme étant exceptionnel. Compte tenu de ce grand nombre d'infractions, est-ce que la loi exerce effectivement une menace?

Idéalement, on pourrait prétendre qu'une loi efficace décourage et prévient les infracteurs réels ou potentiels d'adopter les comportements

---

47. G.T. MARX, «La société de sécurité maximale», (1988) 12 *Déviante et société* 147.

48. Canada, Ministère des Approvisionnements et Services, Statistique Canada, Centre Canadien de la statistique juridique, «Conduite avec facultés affaiblies au Canada, 1974-1987», (1988) 8 *Juristat*.

prohibés. En fait, une loi est efficace en vertu de la menace qu'elle fait peser sur les comportements qu'elle criminalise.

La population en général, qui s'est exprimée par des sondages<sup>49</sup>, ne percevait pas l'ivresse au volant comme un crime grave, sauf si des conséquences négatives en résultaient. Alors, le comportement était perçu comme une menace à la collectivité. Ainsi, même si le comportement n'est pas dangereux en soi potentiellement, il risque d'être perçu comme tel. La menace de la loi joue alors son rôle.

De leur côté, les acteurs sociaux qui ont participé aux processus ont sélectionné à partir du nombre potentiel des infracteurs des cibles tirées des statistiques, désignées comme la menace réelle, soit les dangereux, les alcooliques, les récidivistes. Ces cibles menacent d'échapper au contrôle informel des normes sociales se situant à l'intérieur des sphères disciplinaires de la famille, de l'école et du travail. Par ces cibles, est renforcée dans la population en général, l'idée d'une différence entre les infracteurs et les non-infracteurs. Une loi est nécessaire pour les autres, pour les infracteurs.

Par ailleurs, la loi lance le message à la population en général et aux usagers de la route qu'elle protège contre la permanence du danger de l'ivresse au volant. Les dispositions de la loi et l'institutionnalisation de mesures de protection, profitant à long terme à des professionnels (la création de régies d'assurance de la route; les mécanismes d'application de la loi pour le judiciaire, les avocats; les comités d'étude), renforcent le sentiment de sécurité dans la population. Ainsi, malgré les nombreuses violations, la loi reçoit le consentement tacite des gens en général, puisque ceux-ci pensent qu'elle favorise le maintien de la qualité de la vie et qu'elle assure une protection supplémentaire contre les dangereux du volant.

Le comportement d'ivresse au volant est une question complexe. Il ne fait pas seulement référence aux faits de consommer des boissons alcoolisées sans égard à la quantité et de conduire par la suite (comme le définit la loi) mais il implique aussi des facteurs relatifs à l'état de l'individu (telle la fatigue), aux structures (la publicité sur l'alcool, les revenus en taxes, etc.) et au matériel (la chaussée, la luminosité, etc.). Il

---

49. J. WILSON, op. cit., note 41; GOLDFARB CONSULTANTS, op. cit., note 41; D. STEPHENS, op. cit., note 41.

relève aussi de politiques relatives à l'application de la loi. Si la question était abordée par la population en général en faisant référence à tous ces facteurs, la crédibilité de la loi pourrait être menacée. En effet, cette question soulève directement la relativité de la définition normative du comportement et le fondement moral de son application. Elle soumet que la norme résulte de choix de décideurs ou d'experts qui auraient pu établir d'autres définitions que celle adoptées (par exemple la délimitation à .08, la terminologie de conduite en état d'ivresse, de conduite avec facultés affaiblies). Elle dévoile, par le fait même, que des experts ont statué sur une question qui fut un litige et qui pourrait très bien le devenir de nouveau grâce à l'avancement des connaissances scientifiques, comme par exemple l'effet de l'intoxication sur le corps humain. La question soulève aussi la valeur à accorder aux délimitations normatives déterminées par la loi. En effet, si les normes concernant l'ivresse au volant sont relatives parce qu'elles résultent de décisions des scientifiques, est-il justifiable de les imposer unilatéralement à toute la population des conducteurs en faisant abstraction de facteurs comme l'expérience, l'âge, l'habileté au volant, la chaussée défectueuse, les véhicules non sécuritaires, etc.? Ces interrogations ne font pas partie du discours sur l'ivresse au volant qui s'intéresse au comportement du conducteur.

Malgré les nombreuses infractions, on peut avancer que la loi conserve sa crédibilité par la menace qu'elle applique indistinctement à l'ensemble des comportements publics plus ou moins dangereux selon les situations. Même si le comportement qu'elle circonscrit n'est pas dangereux, il risque de le devenir. Les gens en général ont le sentiment que le comportement est adopté par les autres, soit les dangereux, et non par eux. La population en général pense que la loi favorise le maintien de la qualité de la vie par rapport à l'insécurité suscitée par le comportement d'ivresse au volant. Concluons que l'actualisation de la loi sur l'ivresse au volant contribue à lui donner sa valeur réelle (celle que les acteurs sociaux ont prétendu telle) et à dogmatiser sa crédibilité.



**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** SHAREHOLDERS' RIGHTS PLANS - THE POISON PILL IN THE U.S. AND CANADA: BACKGROUND AND LEGAL CONSIDERATIONS

**Auteur(s) :** Jean-François BERNIER

**Revue :** RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 1

**Pages :** 123-207

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13435>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13435>

*Page vide laissée intentionnellement.*

# **SHAREHOLDERS' RIGHTS PLANS - THE POISON PILL IN THE U.S. AND CANADA: BACKGROUND AND LEGAL CONSIDERATIONS**

par Jean-François BERNIER\*

In anticipation of the Quebec Superior Court's ruling on the Caisse de dépôt et placement's judicial challenge to the first Canadian prescription of the «Poison Pill» defense mechanism by Inco Ltd.'s board of directors in late 1988 to alter unwelcomed take-over attempts, the author examines, in the first part of his study, the origin and the various legal considerations surrounding the U.S. developed remedy. In the second part, the author focuses on the prevailing Canadian legal environment from both a corporate and securities standpoint to question the legal validity of the «Poison Pill» in light of its growing popularity as the medication of choice for Canada's directors who wish to insure their preservation of corporate control.

---

En prévision de la décision que doit rendre la Cour supérieure du Québec au sujet de l'action de la Caisse de dépôt et placement en contestation de la première «pilule empoisonnée» canadienne qu'a administré le Conseil d'administration d'Inco Ltd. à la fin de 1988 aux éventuels initiateurs d'une prise de contrôle, l'auteur examine, dans la première partie de son étude, l'origine et le contexte juridique de ce recours né aux Etats-Unis. Dans la seconde partie, l'auteur porte son attention sur les facteurs juridiques du point de vue des sociétés et des valeurs mobilières qui prévalent au Canada et remet en cause la légalité de la «pilule empoisonnée», à la lumière de sa popularité croissante comme remède de choix pour les administrateurs canadiens qui désirent conserver le contrôle de leur société.

---

\*. B.A.A., LL.B., avocat, Stikeman, Elliott.

## TABLE OF CONTENTS

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>1. Introduction</b>                                                                               | 127 |
| <b>2. An Overview of Poison Pills</b>                                                                | 133 |
| 2.1 Definitions                                                                                      | 133 |
| (a) Short Definition                                                                                 | 133 |
| (b) Long Definition                                                                                  | 134 |
| 2.2 Poison Pill Features                                                                             | 137 |
| (a) Convertible Preferred Stock Dividend Plan                                                        | 137 |
| (b) Flip-over Plan                                                                                   | 140 |
| (c) Percentage Based Flip-in Rights Plan                                                             | 143 |
| (d) Back-End Plan                                                                                    | 144 |
| (e) Voting Rights Plan                                                                               | 146 |
| 2.3 Concluding Thoughts                                                                              | 146 |
| <b>3. THE JUDICIAL ASSESSMENT: American Caselaw</b>                                                  | 149 |
| 3.1 Introduction                                                                                     | 149 |
| 3.2 The Discrimination Cases                                                                         | 151 |
| 3.3 Fiduciary Duties of Directors - The Business Judgment Rule Cases                                 | 157 |
| (a) The Business Judgment Rule in the context of ordinary business decisions: The «Traditional» Rule | 157 |
| (b) The Business Judgment Rule in the context of corporate control decisions : The «Modified» Rule   | 159 |
| (i) <i>Unocal Corp v. Mesa Petroleum Co.</i>                                                         | 161 |
| (ii) <i>Moran v. Household International Inc.</i>                                                    | 163 |
| (iii) <i>Revlon Inc. v. MacAndrews &amp; Forbes Holdings Inc.</i>                                    | 165 |
| (iv) <i>Dynamics Corp. of America v. CTS Corp.</i>                                                   | 168 |
| A) <i>Dynamics I:</i>                                                                                | 168 |
| B) <i>Dynamics I-A:</i>                                                                              | 169 |
| C) <i>Dynamics II:</i>                                                                               | 170 |
| D) <i>Dynamics II-A:</i>                                                                             | 170 |
| (v) Conclusion:                                                                                      | 171 |
| <b>4. The Canadian Context</b>                                                                       | 173 |
| 4.1 Introduction                                                                                     | 173 |
| 4.2 The Canadian Take-over Bid Regime                                                                | 174 |
| A) Corporate Law Regime                                                                              | 174 |

|                    |                                                                                                                |     |
|--------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1990) 21 R.D.U.S. | Shareholders' Rights Plans -<br>The Poison Pill in the U.S. and Canada:<br>Background and Legal Considerations | 125 |
| (i)                | The Issuance of Securities .....                                                                               | 175 |
| (ii)               | Declaration of the dividend .....                                                                              | 176 |
| (iii)              | The Discounted Shares .....                                                                                    | 176 |
| (iv)               | Redemption of Shares .....                                                                                     | 177 |
| (v)                | Discrimination .....                                                                                           | 177 |
| (vi)               | Fiduciary duties of Canadian directors in a<br>take-over context. ....                                         | 180 |
| (a)                | The Proper Purpose Doctrine .....                                                                              | 181 |
| (b)                | <i>Teck Corp. v. Millar</i> .....                                                                              | 183 |
| (c)                | <i>Re Olympia &amp; York</i> .....                                                                             | 187 |
| (d)                | <i>Exco Corp. v. Nova Scotia Savings &amp; Loan Co.</i> .....                                                  | 188 |
| (e)                | Conclusion: .....                                                                                              | 190 |
| B)                 | Securities Law Regime .....                                                                                    | 193 |
| 1.                 | Implementation of a shareholders' rights plan: Regula-<br>tory Issues .....                                    | 193 |
| (i)                | Shareholders' Approval .....                                                                                   | 194 |
| a)                 | National Policy 38 .....                                                                                       | 195 |
| b)                 | Stock Exchanges Rules .....                                                                                    | 198 |
| i)                 | <i>Southam</i> .....                                                                                           | 199 |
| ii)                | <i>Canada Malting</i> .....                                                                                    | 200 |
| c)                 | Securities Commissions Policies .....                                                                          | 201 |
| (ii)               | Prospectus Requirements .....                                                                                  | 201 |
| (iii)              | Disclosure Requirements .....                                                                                  | 204 |
| (iv)               | Listing Requirements .....                                                                                     | 204 |
| (v)                | The Discounted Shares .....                                                                                    | 205 |
| (vi)               | Issuer Bid Requirements .....                                                                                  | 206 |
| 2.                 | Justifying the implementation of a shareholders'<br>rights plan: Regulatory Issues .....                       | 206 |
| 5.                 | <b>Concluding Thoughts: The Inco Pill</b> .....                                                                | 211 |



## 1. INTRODUCTION

The take-over phenomenon, in recent years, has generated the transfer of control of some of America's largest corporations and has literally affected the whole capital market system. The price tag on the RJR Nabisco transaction, close to \$25 Billions (U.S.) has opened the door to take-overs of considerable magnitude. Considering that Bell Canada Enterprises, one of the few publicly-held Canadian companies without a dominant shareholder, could be taken over for less than \$12 Billions (Can.), the Canadian financial community is thus watching U.S. developments in take-over defense strategies with great interest<sup>1</sup>. Therefore, it is interesting and relevant to examine, in this context and from a Canadian perspective, the various take-over bid defensive measures which have proliferated in recent years in the U.S.

One U.S. Court has commented that contests for corporate control are being «waged with the intensity of military campaigns and the weaponry of seemingly bottomless bankrolls»<sup>2</sup>.

The retiring Chairman of the U.K. take-over panel which plays the regulatory role of British take-over bids recently commented that take-overs are: «currently a high profile activity, attracting not only the involvement of businessmen, of bankers and of investors, but one that has increasingly become the stuff of political controversy and public curiosity. [Take-over bids] raise issues of economic efficiency, management responsibility and personal ethics that can have consequences for those who do not own the companies concerned: employees, customers, sometimes the regions in which the target company operates»<sup>3</sup>.

In North America, take-over bids have become the most common transactions in corporate control and, their proliferation has brought about the development of new strategies to both facilitate take-over attempts and defend against them.

An increasing number of take-over bids are being resisted by the directors of the target companies who have developed a wide range of

- 
1. «Inco's move started wheels turning in Canadian boardrooms» The [Toronto] Globe and Mail (12 December 1988) B17.
  2. *Norlin Corp. v. Rooney, Pace, Inc.*, 744 F. 2d 255, (1984), 258.
  3. «The Right Way To Regulate The Market», The [London] Economist (23-29 September 1989) 21.

defensive measures against such unsolicited take-over bids<sup>4</sup>. An examination of the arsenal of defensive measures available to the management of a target company<sup>5</sup> and of the debate over the propriety of such defensive measures as a means of corporate control is however beyond the scope of the present study.<sup>6</sup>

- 
4. The term «take-over bid» is used interchangeably throughout the present text with its American equivalent, «tender offer». The term «take-over bid» is defined in the *Québec Securities Act*, R.S.Q., c. V-1.1, as amended, at s. 110 as an offer to purchase for cash voting or equity securities of a company whereby the person proposing the bid would obtain or increase his interest of 20% or more of the outstanding securities of that class of securities at the date of the offer to purchase. The term "tender offer" is not defined by American federal legislation and as a result, U.S. Courts have formulated their own definition. See for example *S.E.C. v. Carter Hawley Hale Stores, Inc.*, 760 F. 2d 945 (1985) where the court found that the existence of a tender offer is determined by the following factors: (1) active and widespread solicitation of public shareholders for shares of an issuer; (2) solicitation made for a substantial percentage of the issuer's stock; (3) offer to purchase made at a premium over the prevailing market price; (4) terms of the offer are firm rather than negotiable; (5) offer contingent on the tender of a fixed maximum number of shares to be purchased; (6) offer open only for a limited period of time; (7) offeree subjected to selling pressure; and (8) public announcements of a purchasing program concerning the target company precede or accompany rapid accumulation of a large amount of a target's securities.
  5. For general comments on various defensive measures see L. Serafini, «Surviv des tactiques défensives» in *Meredith Memorial Lectures* (Cowansville, éd. Yvon Blais, 1987) 141. See also W.F. Brown, «Corporate Defenses to Takeover Bids» (1970) 44 *Tulane L. Rev.* 517; S.L. Hayes and R.A. Taussig, «Tactics of Cash Takeover Bids» (1967) 45 *Harv. Bus. Rev.* 135; E.C. Schmults and E.J. Kelly, «Cash Takeover Bids - Defense Tactics» (1967) 23 *The Business Lawyer* 115; D.S. Bradshaw, «Defensive Tactics Employed by Incumbent Managements in Contesting Tender Offers» (1969) 21 *Stan. L. Rev.* 1104; S.A. Hochman and O.D. Folger, «Deflecting Takeovers: Charter and By-law Techniques» (1979) 34 *The Business Lawyer* 537; G.C. Lynch and M.I. Steinberg, «The Legitimacy of Defensive Tactics in Tender Offers» (1979) 64 *Cornell Law Rev.* 961.
  6. There is wide array of literature on this subject. See F.H. Easterbrook and D.R. Fischel, «The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer» (1981) 94 *Harv. L. Rev.* 1161; F.H. Easterbrook and D.R. Fischel, «Takeover Bids, Defensive Tactics and Shareholders' Welfare» (1981) 36 *The Business Lawyer* 1733; F.H. Easterbrook and D.R. Fischel, «Auctions and Sunk Costs in Tender Offers» (1982) 35 *Stan. L. Rev.* 1; M. Lipton, «Takeover Bids in the Target's Boardroom: A Response to Professors Easterbrook and Fischel» (1980) 55 *N.Y.U.L. Rev.* 1231; R.J. Gilson, «A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers» (1981) 33 *Stan. L. Rev.* 819; R.J. Gilson, «The Case Against Shark Repellent Amendments: Structural Limitations on The Enabling Concept» (1982) 34 *Stan. L. Rev.* 775; R.J. Gilson, «Seeking Competitive Bids versus Pure Passivity in Tender Offer Defense» (1982) 35 *Stan. L. Rev.* 51; L.A. Bebchuk, «The Case for Facilitating Competing Tender Offers» (1982) 95 *Harv. L. Rev.* 1028; L.A. Bebchuk, «The Case for Facilitating Competing Tender Offers: A Reply and Extension» (1982) 35 *Stan. L. Rev.* 23; L. Lowenstein, «Pruning Deadwood in Hostile Takeovers: A Proposal For Legislation» (1983) 83 *Columbia Law Rev.* 249; E.F. Greene and J.J. Junewicz, «A Reappraisal of Current Regulation of Mergers and Acquisitions» (1984) 132 *U. of Penn. L. Rev.* 647; Matheson and Norberg, «Hostile Share Acquisitions and Corporate Governance: A Framework for Evaluating Antitakeover Activities» (1986) 47 *U. of Pitt. L. Rev.* 407.



Instead the following study will examine in detail the background and the various legal considerations behind one of the newer mechanisms designed to alter unwelcomed bids euphemistically known as the Shareholders' Rights Plan. Since its creation in December 1982 by take-over lawyer Martin Lipton<sup>7</sup>, the poison pill has made its way into the corporate landscape of close to 1,000 American companies. In Canada, dozens of companies have adopted or announced their intention to implement a shareholders' rights plan.

Such a mechanism was conceived to respond to a less regulated mergers and acquisitions environment in the U.S. that allows such things as «two-tier front-end loaded junk bond financed bust-up acquisitions», «street sweeps» and «greenmail»<sup>8</sup>.

What was thus needed was a defensive strategy which would: (i) discourage coercive or unfair hostile offers; (ii) delay a bidder in order to provide the target with an opportunity to encourage a competing offer or to structure a competing transaction (i.e. a recapitalization, a leveraged buy-out or an offer from a «white knight»); (iii) avoid the sale of «crown jewels», the bust-up of the target or other destructive defensive strategies prevalent in the U.S.<sup>9</sup>

Poison pill plans are designed to be used as a dilatory tactic, hence providing the target's board of directors with the necessary leverage to negotiate a more favourable arrangement by forcing a hostile bidder to come to the bargaining table<sup>10</sup>. They are now the predominant and most

---

7. The Poison Pill was originally conceived in connection with El Paso's defence strategy against a hostile take-over bid from Burlington and Northern Railroad. See J.G. MacIntosh, «The Poison Pill; A Noxious Nostrum for Canadian Shareholders» (1989) 15 *Can.Bus.L.J.* 276, n.l.

8. See G. Coleman, «Poison Pills in Canada» (1989) 15 *Can.Bus.L.J.* 1 at 3 (explaining the meaning of these respective terms as a «two-step transaction where an acquiror makes a cash take-over bid for over 50% of a target company's shares followed by a second-step merger where the remaining shareholders are squeezed out at a lower-valued consideration (hence the «front-end loading»). The transaction is financed with high-yield junior debt («junk bonds») to be paid off (or down) by the sale of assets or subsidiaries of the target (the «bust-up») after the merger is completed». A «street sweep» is the rapid accumulation of a huge block of stock accumulated in one day on the open market by corporate raiders in the U.S. «Greenmail» is blackmail of a higher financial order and works as follows: a significant number of shares of a company is acquired in the market. The acquiror then threatens a take-over bid or a proxy fight in order to force the company to buy the shares back at a premium. See also text, *infra*, section 4.2(B)(2): Justifying the implementation of a shareholders' rights plan: Regulatory Issues.

9. J.E.A. Turner, «Inco Limited - The First With A Pill», (Tory, Tory, Deslauriers & Binnington; Toronto, November 25, 1988) [unpublished].

10. H.T. Lacroix, «Reflections on Poison Pills in Canada», (Colloque sur les mesures défensives en matières d'offres publiques d'achat, Quebec City, 25 September 1989) [unpublished].

effective defensive strategy available to U.S. corporations and they come in a variety of forms which will be discussed in the following pages<sup>11</sup>. But, whichever particular forms are adopted, the basic objectives of such plans are to deter abusive take-over tactics by making them unacceptably expensive to the prospective acquirors and, to encourage an open negotiation with the board of directors of the target company by making the rights issued pursuant to the plan redeemable.

Ideally, poison pill plans will be designed to achieve a balance that will not entrench inefficient management but that will eliminate the most egregious of the take-over abuses without interfering with the day-to-day operations of the companies which adopt them.

In November 1985, the Delaware Supreme Court<sup>12</sup> upheld the original «Flip-over» plan as being authorized under the Delaware state corporate laws and governed by the Business Judgment Rule thereby providing legal support for adoptions of poison pill plans and opening the door to further variations of such plans.

Poison pill plans were first developed to deal with the then current two-tier, front-end loaded tender offer and related techniques. They accomplished this by providing the target's shareholders with rights, that would have to be assumed by a raider in a second-step merger, to buy the corporate raider's common stock at half of its market price. The raider was thus faced with unacceptable dilution unless it either offered a price that was sufficient to attract the tender of substantially all of the shares and the rights or negotiated a merger at an acceptable price according to the target's board of directors so that the rights were redeemed and thereby removed as an impediment for the acquiror.

Following the Delaware Supreme Court's decision, many companies adopted plans with «Flip-in» provisions providing that, upon an acquiror

---

11. See text, *infra*, section 2.2: Poison Pill Features.

12. *Moran v. Household International, Inc.*, Del. Supr., 500 A. 2d 1346 (1985) aff'g Del. Ch. 490 A. 2d 1059 (1985) [hereinafter *Moran*]. See also text, *infra*, section 3.3(b)(ii): *Moran v. Household International Inc.* The Poison Pill was however originated by Lenox Inc. and Bell & Howell Co. See *Brown-Forman Distillers Corp. v. Lenox Inc.*, No. 83-2116 (D.N.J. June 20, 1983) and *National Educ. Corp. v. Bell & Howell Co.*, No. 7278, slip.op., (Del. Ch. Aug. 25, 1983). See also, No. 7278, slip.op., (Dec. 13, 1983) (defendant Bell & Howell Co.'s motion to dismiss for failure of plaintiff to join indispensable parties denied). Because of the procedural posture of these cases (injunctive relief to block the implementation of a poison pill plan) they did not contribute to the determination of the ultimate legality of poison pill plans.

crossing a certain triggering threshold (usually 20%), all the other target's shareholders are given the right to purchase additional shares of the target at half price.

Unlike the basic Flip-over plan, this type of plan obtained mixed results in the courts, even though it provided a greater protection against take-over abuses. The effectiveness of the Flip-in is dependent upon its discriminatory feature. Without this feature, the Flip-in would not result in dilution for the acquiring company since it would be able to buy additional shares on the same basis as the other shareholders.

Nonetheless, in the U.S., legal experts recommend to their clients the adoption of this type of plan but they include in such special shareholders meeting procedures to approve such a feature in order to meet any judicial concerns about legality.

Furthermore, in the recent take-over contest involving Federated Department Stores, the U.S. District Court for the Southern District of New York, applying Delaware law, refused to enjoin a Flip-in plan notwithstanding its discriminatory feature<sup>13</sup>.

The Delaware Supreme Court's decision in *Moran* also established that the adoption of a shareholders' rights plan, notwithstanding its features, had no effect whatsoever on the fiduciary standards to be followed by a board of directors responding to a subsequent take-over bid. In the event of a specific take-over bid, the plan and its operation will have to be assessed according to the response that the board decides to be appropriate based on the advices given at that time by the company's investment banker and legal counsel.

Such judicial warning, that the legal validity of a poison pill plan will be examined by the courts as a corporate policy matter, has been carried out as subsequent court decisions began to chip away at the Delaware Supreme Court's decision and shifted the judicial focus from the «validity» of a poison pill plan per se to its «operation» bringing about complex tests and uncertainty for legal and financial advisers both in the U.S. and Canada. Even though U.S. courts have sanctioned the adoption of certain poison pill plans as defensive measures, such plans have been and will continue to be the object of continuous litigation and the validity of a

---

13. *C.R.T.F. Corp. v. Federated Dep't Stores Inc.*, [1987-1988 Transfer Binder] Fed. Sec. L. Rep. (C.C.H.) ¶¶ 93,680 (S.D.N.Y. Mar. 18, 1988); 683 F. Supp. 422 (S.D.N.Y., 1988).

particular poison pill plan will be the centre of further judicial consideration and in-depth scrutiny.

The poison pill's popularity in the U.S. market, which affects Canadian international investors, together with its potential use by Canadian firms, make it an important defensive tactic to be considered by Canadian companies, advisors and regulators<sup>14</sup>.

However, there are evident difficulties arising from the transplantation of foreign solutions to Canadian problems<sup>15</sup>.

We will thus try to examine these issues facing the Canadian legal adviser by trying to transpose an American mechanism in our own legal and regulatory context. In the first part of our study, we will focus on the U.S. situation in order to understand the history of the shareholders' rights plan as pertaining to its intent and purpose in detail to better analyze, in the second part, the possible transplantation, north of the border, of such a defensive measure considering our own legal climate and corporate governance situation.

## 2. AN OVERVIEW OF POISON PILLS

**2.1 Definitions:** Many authors and legal scholars have attempted to give a definition of a poison pill rights plan<sup>16</sup>. The definition of the Office of the Chief Economist, Securities and Exchange Commission is probably the one that best describes the scope of such a plan<sup>17</sup>. There are actually two definitions:

---

14. J.M. Stransman and R. Wildeboer, *Poison Pills: Background and Legal Considerations*, Toronto (October 1988) [unpublished].

15. See C. Jordan, «U.S. Takeover Defences - In The Canadian Context» (1988) 2 *R.I.B.L.* 205.

16. See for examples, S.S. Dawson, R.J. Pence and D.J. Stone, «Poison Pill Defensive Measures» (1987) 42 *The Business Lawyer* 423, who give a general definition of a poison pill as generically referring to «various defensive measures adopted by boards of directors in response to takeover attempts or in advance of possible takeover attempts that can cause severe economic repercussions in an acquirer or potential controlling person». See also R.G. Clemens, «Poison Debt: The New Takeover Defense» (1987) 42 *The Business Lawyer* 747, who defines the term «poison pill» as describing «Rights or warrants granted to stockholders by a target company that become exercisable if a raider obtains a specified percentage of the target's shares and are designed to have unpalatable consequences for the raider».

17. See Office of the Chief Economist, Securities and Exchange Commission, *The effects of Poison Pills on the Wealth of Target Shareholders*, (October 23, 1986) at 1.

**(a) Short Definition:**

A poison pill describes a family of shareholder rights or convertible preferred share (or debt) agreements that, when triggered by an event such as a tender offer or an actual accumulation of target stock by a potential acquiror, allows the target shareholders, other than the acquiror, to purchase additional shares (of the target or, in some cases, of the acquiror) or to sell shares to the target at very attractive prices.

**(b) Long Definition:**

A poison pill is any financial device that, when triggered by a particular action (e.g. merging a target's assets or acquiring a specified amount of a target's stock), results in one or a combination of the following:

- (1) the acquiror is forced to purchase securities from the shareholders of the target firm at prices equal to or exceeding their market value;
- (2) security holders of the target firm gain rights to exchange stock of the target firm for a combination of cash and securities from the target firm having a value exceeding that of the surrendered stock (the acquiror is generally excluded from the exchange);
- (3) the security holders of the target firm gain rights to purchase securities from the target firm at prices below market value (the acquiror is generally excluded);
- (4) the acquiror must sell its securities at prices below market value to security holders of the target firm; or
- (5) the acquiror loses substantial voting power of its shares relative to other security holders of the target firm.

A shareholders' rights plan is generically called «poison pill» because if the pill is «swallowed» it is designed to economically «poison» the acquiror's take-over attempt. Besides conferring the right to purchase stock, the rights also have a «poison pill» aspect

designed to deter would-be acquirors<sup>18</sup>. Generally, «poison pill plans are implemented through the issuance of a pro rata dividend to common stockholders of stock or rights to acquire stock and/or other securities of the issuer or, under certain circumstances, a person or group («Acquiring Person») involved in a business combination with the issuer»<sup>19</sup>. Poison pills are generally not exercisable until the occurrence of specified «triggering events» usually defined to include a merger or other business combinations with the issuer such as the announcement or commencement of a tender offer for a specified percentage of the issuer's capital stock or the accumulation of a specified percentage of the issuer's capital stock<sup>20</sup>. The poison pill plan will usually exclude the Acquiring Person from the exercise of such rights. «Typically, poison pill rights are redeemable by the issuer at a nominal price at least until a triggering event occurs»<sup>21</sup>.

A typical poison pill plan works as follows: a company issues rights pursuant to a Rights Agreement between the company and a trust company acting as rights agent on behalf of the company. The rights are distributed as a dividend to all common stockholders of the company and, until the happening of a triggering event<sup>22</sup>, trade together with the common shares and are represented by common share certificates. They are valid for a predetermined period which is usually ten years and have a «strike price» that is relatively high to make the rights virtually worthless (for example \$ 100 compared to a \$ 25 market price). Because the rights are «out of the money» they do not dilute earnings per share or otherwise alter the company's capital structure. The «strike price» is also known as the «exercise price» at which the registered stockholder may purchase one common share from the company. The rights carry no vote and are redeemable at a nominal amount by the board of directors before and, in some cases, for a short period after the triggering event to allow the directors to negotiate an acceptable deal for all shareholders.

---

18. See D.S. Newman, «Delaware Serves Shareholders The "Poison Pill": Moran v. Household International, Inc.» (1986) 27 *Boston College Law Review* 641 at 644.

19. See Dawson, Pence and Stone, *supra*, note 16 at 423.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.* at 424.

22. Some rights agreements refer to a triggering event as the «Separation Time» - for upon the occurrence of a triggering event the rights separate from the underlying stock and become separately exercisable.

The triggering events may vary according to the type of plan involved. Usually a triggering event will be the acquisition by a third party of a given percentage (usually 20%) or more of the voting or equity securities (common shares to remain in conformity with securities legislation definition of a take-over bid) or upon the announcement of an offer to purchase sufficient shares to give the purchaser a given percentage (at least 30%) of the outstanding common shares of the company.

Upon the happening of the earlier of these events, the rights separate from the common shares to which they were formerly attached, rights certificates are issued and distributed to shareholders and the rights become separately tradeable and exercisable.

A triggering event will carry various consequences according to the type of plan involved. A different type of plan will carry with it different features to which we now turn our attention<sup>23</sup>.

**2.2 Poison Pill Features:** Five basic versions of poison pills<sup>24</sup> have been introduced since their creation<sup>25</sup>.

- 
23. See R. Wilderboer, «The Poison Pill Playground: The Search For A Proper Decision Rule», LL.M. Thesis, 1987 [unpublished]. Virtually all descriptions in legal literature focus on types of *plans*. This is somewhat misleading, as hybrid plans can and have been developed. Thus it would be more correct to speak in terms of *pill features*. Our discussion will describe pills in terms of plans, but the plan referred to will be dominated by a certain feature. It is the dominant feature that will determine the characterization of the plan, at 27. For examples of hybrid plans see the outline on poison pills prepared by Jim Freund and Eric Cochran of Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom of New York for the Practising Law Institute's 20th Annual Institute on Securities Regulation.
24. See P.J. Thompson, «Shareholder Rights Plans: Shields or Gavel» (1989) 42 *Vanderbilt Law Review* 173 at 181, n. 45 stating that «very similar to poison pills, "poison" securities are becoming an increasingly popular defense» and citing Clemens, «Creating Financial Perils for Hostile Acquirors» 22 *Mergers & Acquisitions*, Nov./Dec. 1987, at 27 (discussing «poison preferred» and «poison debt»); The Debt Repellent 22 *Mergers & Acquisitions*, Jul.-Aug. 1987, at 21-22 (noting companies implementing poison put options).
25. See Dawson, Pence and Stone, *supra*, note 16 detailing the various types of poison pill plans available.

### (a) Convertible Preferred Stock Dividend Plan

This type of plan also referred to as the «Poison Pill Preferred»<sup>26</sup> forms the basis of the first poison pill plan introduced by Lenox Inc. in June 1983. The mechanism of which is as follows:

The preferred stock is issued as a pro rata dividend to all holders of the target company's common stock. The preferred stock carries with it the typical features attributable of such stock. However the poisonous effect is contained in the special redemption and/or conversion features.

These features are designed to ensure that shareholders receive a «fair price» and/or to allow them to retain their interest after an acquisition has been consummated.

The redemption feature would be triggered at some point (e.g., thirty days) after an acquiror has accumulated a defined percentage of the stock. The convertible preferred stock could then be redeemed, at the option of the holder, at the redemption price specified in the plan. However, the acquiror would not be permitted to participate in any issuer redemption of poison pill stock.

The price, which is very similar to a «fair price» in a fair price provision<sup>27</sup>, is determined through a formula provided in the plan, which usually reflects the average price for the issuer's common stock over a specified period of time (usually the price would be set at the highest price paid by the acquiror for the issuer's common or preferred stock during the preceeding year). The redemption price would be equal to the tender offer price if the acquiror proceeded via the tender offer process.

---

26. See Note, «Protecting Shareholders Against Partial and Two-Tiered Takeovers: The "Poison Pill" Preferred» (1984) 97 *Harv. L. Rev.* 1964.

27. For a detailed illustration of the «fair price» provision designed to assure those stockholders who do not tender their shares in a take-over bid that they will not be subsequently squeezed out at unfavourable prices, see Hochman and Folger, *supra*, note 5 at 553ff. See also E.J. Kelly, «The Origin and Development of the Fair Price Clause» (1987) 15 *Securities Regulation Law Journal* 267.



However, the exercise of this redemption privilege is not triggered immediately on the stock acquisition date and the redemption privilege is made subject to suspension for a period of time in the event of a publicly announced intention to consummate certain business combinations. The acquiror can thus avoid the redemption provisions and this is where the conversion feature comes into play. The plan provides for the avoidance of the redemption privilege by giving the acquiror an option to complete certain defined business combinations such as a second-step merger followed by the issuance of securities that have an economic value to the stockholder in the acquiror or surviving entity which is equal to the value prescribed by the conversion provisions. Business combinations are also usually defined to include transfers of all or substantially all of the issuer's assets, reorganization or common stock reclassifications.

In the event of such business combinations, the terms of the convertible preferred shares require that provisions be made in the merger agreement to allow for the conversion into an equivalent amount, such as determined by the plan, of voting stock in the acquiror or surviving entity. The issuer would not be allowed to enter into any of these business combinations unless the acquiror agreed to comply with the terms set out in the plan.

The effect of these plans depends upon whether a business combination involving the issuer is consummated. The redemption and conversion privileges block the acquiror on two fronts; if the acquiror acquires a stock position but no business combination is consummated, the issuer's equity capital would become depleted by the payment to stockholders of the «fair value» through redemption of the preferred stock upon demand by the holders thereof. The acquiror would then be left with a target in a weakened financial position. If, on the other hand, a business combination is consummated to avoid the triggering of the redemption privileges then the acquiror will trigger the conversion privileges (of the preferred stock of the issuer into voting stock of the acquiror) bringing about a dilution of the acquiror's existing shareholders position.

The poisonous effect of these provisions should not, however, be exaggerated. Evidence has showed that a conversion privilege can easily be avoided. If the acquiror is an individual, the dilution will not cause him prejudice. A publicly held corporation, with

a wide share distribution and managed by de facto groups will not fear dilution either.

Redemption features may also be of limited appeal since most corporate statutes impose solvency tests to be met before redeeming stock. Also, a company may be restricted by creditors via covenants to proceed to such stock redemption.

Three of the four companies that have adopted this type of plan were eventually taken over<sup>28</sup> and no companies were reported to have adopted any version of these plans since 1983<sup>29</sup>.

#### (b) **Flip-over Plan**

Poison pills with Flip-over provisions are usually modeled on the plan considered by the 1985 Delaware Supreme Court decision in *Moran v. Household International Inc.*<sup>30</sup>. A Canadian commentator has referred to this type of plan as the «first generation poison pill»<sup>31</sup>.

The typical Flip-over plan works as follows: the company issues as a pro rata dividend one right or warrant per common share to purchase a percentage of common or preferred stock of the issuing company. The rights or warrants generally have a fixed-term existence (generally, ten years) and are redeemable by the issuer for a nominal amount<sup>32</sup> prior to the occurrence of a triggering event. The rights are initially traded with the underlying common stock and cannot be exercised. They usually carry typical preferred share provisions and their exercise price (or «strike price») for the acquisition of the issuer's stock will be set at a level that is «out of the money», bearing no relation to the

---

28. Ganek, «Five Decisions That Shook the World of M & A» [1986] Am. Law 9 at 10.

29. Office of the Chief Economist, Securities & Exchange Commission, «A Study on the Economics of Poison Pills», [1985-1986 Transfer Binder] Fed. Sec. L. Rep. (C.C.H.) ¶¶ 83,971 (March. 5, 1986).

30. *Supra*, note 12.

31. Coleman, *supra*, note 8 at 2.

32. In *Moran*, the rights were redeemable by the board of directors for \$.50 per right, *supra*, note 12 at 1349.

issuer's longterm value over the life of the plan in order to make the rights virtually worthless when issued<sup>33</sup>.

When a triggering event occurs, the exercise terms of the rights change and they become very valuable. Upon the occurrence of such a defined triggering event, the rights become separable from the common stock and exercisable. The separation time typically occurs upon the acquisition of 20% of the issuer's common stock by any single entity or group and/or upon the announcement of a tender offer for 30% of the issuer's common stock. At that time, the rights usually become non-redeemable.

Upon the further occurrence of a defined «merger event», each right would «flip-over», becoming a right to purchase shares of common stock of the acquiror or of the merged entity which at the time of the merger would have a market value of twice the exercise price of the right therefore allowing the rightsholders to purchase shares at half price. For example, if the issuer's shares are trading or have a market value of \$ 25 per share while the exercise price is \$ 100, the holder of each right is entitled to purchase \$ 200 worth of the common stock (8 shares) of the surviving entity for \$ 100, immediately making \$ 100 per right (a 50% discount).

This result is achievable only where an arrangement is entered into between the target and the acquiror (such as a merger or sale of assets)<sup>34</sup>. If the acquiror engages in defined «self-dealing transactions»<sup>35</sup>, then the rightsholders, other than the acquiror, are entitled to purchase common stock of the issuer at half price (the «Flip-in»).

---

33. The *Household pill* was designed to provide for the newly issued rights to be immediately exercisable to purchase 1/100 share of new preferred stock for \$ 100. The «unit» of preferred stock usually being equivalent in economic terms to one share of common stock, therefore, if at the date of issuance such common stock traded at \$ 25 per share, the worthlessness of the rights prior to a triggering event is thus obvious. *Ibid.*

34. See Coleman, *supra*, note 8 at 2.

35. Examples of self-dealing transactions include: issuance of capital stock of the issuer in exchange for the transfer of assets by the acquiror; purchase or sale of assets of the issuer on terms less favourable than the issuer could have obtained in arm's length negotiations; the receipt by an acquiror of excessive compensation or additional benefits from the issuer; reducing dividends and a reclassification or recapitalization of the issuer's stock to increase the proportionate interest of the acquiror. See Dawson, Pence and Stone, *supra*, note 16 at 428.

Finally, the plan also provides that the issuer shall not engage in transactions that will trigger the Flip-over or Flip-in features unless there are adequate provisions made to honour the rights.

The Household-type plan works as follows: if an announcement of a tender offer for 30% of Household's common shares is made, the rights are issued and are immediately exercisable to purchase 1/100 share of new preferred stock for \$ 100 and are redeemable by the board of directors for \$ .50 per right. If 20% of Household's common shares are acquired by anyone, the rights are issued and become non-redeemable. In such event, they are exercisable to purchase 1/100 of a share of preferred stock.

If a right is not exercised for preferred stock, and thereafter, a merger or consolidation occurs, the rightsholders can exercise each right to purchase \$ 200 worth of the common stock of the tender offeror for \$ 100.

This has the effect of substantially diluting the equity of the acquiror and dramatically increasing the effective cost of the take-over for the acquiror thereby giving Flip-over provisions significant deterrent effect.

Finally, the bidder also has to contend with what has been termed the «Grossman Hart» problem<sup>36</sup> for the Flip-over plan provides great incentives for the shareholder to refrain from tendering before receiving the gains provided by the rights in the event of any «merger event» or «self-dealing transaction». To get those rights off the market before the second stage, the acquiror must then offer exorbitant prices because of their very high potential value in the second-stage transaction. Either way, the merger or self-dealing transaction becomes prohibitively expensive, wiping out potential gains to the bidder and effectively precluding a hostile bid<sup>37</sup>.

---

36. See S.J. Grossman and O.D. Hart, «Takeover Bids, the Free-Rider Problem, and the Theory of the Corporation» (1980) 11 *Bell Journal of Economics* 42.

37. Wilderboer, *supra*, note 23 at 34.

### (c) Percentage Based Flip-in Rights Plan

Poison pill plans with Flip-in provisions consist essentially of a standard Household-type Flip-over rights plan with additional Flip-in features. The *Household* plan contained a self-dealing Flip-in whereby in the event of an acquiror of 20% of the common stock engaging in certain defined selfdealing transactions, the holder of a right, except the acquiror, would be permitted to purchase stock and/or debt of the issuer at a 50% discount.

A stronger form of Flip-in provision is one that is triggered upon the mere accumulation of a specified percentage of the issuer's stock. This form is known as the Percentage Based Flip-in or Ownership Flip-in. A Canadian commentator has referred to this type of plan as the «second generation pill»<sup>38</sup>. In a Flip-over plan where an acquiror would accumulate stock of the issuer but would not engage in a merger event or a selfdealing transaction with the issuer, such acquiror would avoid both the Flip-over and the Flip-in provisions<sup>39</sup>.

Because the Flip-over provision does not operate unless the bidder attempts to acquire all the issuer's common stock by a merger or by some other type of business combination, Flip-over pills do not prevent all-cash tender offers for all of the issuer's shares or open-market purchases of a controlling interest in the issuer. It is to fill this gap that the Flip-in provisions were added to Flip-over plans.

In the Percentage Based Flip-in plan, defined «selfdealing» is not required and the rightsholder is entitled to purchase common stock of the issuer at a discount upon the mere accumulation by the acquiror of a specified percentage of issuer stock.

The Percentage Based Flip-in plan has become, because of the greater potency and incentive it provides the acquiror to negotiate

---

38. See Coleman, *supra*, note 8.

39. James Goldsmith used a creeping acquisition strategy to avoid the Flip-over rights and to take control of Crown Zellerbach. Goldsmith eventually acquired over 50% of Crown Zellerbach's shares on the open market and took control of the board of directors. See *Crown Zellerbach Corp. v. Goldsmith*, 609 F. Supp. 187 (D.C.N.Y. 1985). See also «Goldsmith's Move on Crown Zellerbach Prompts "Poison Pill" Potency Questions», *The Wall St. J.* (16 May 1985) at 8.

with the issuer's board of directors, the most frequently adopted form of plan in the U.S.

**(d) Back-End Plan**

This type of plan also known as a Note Purchase or «Put» plan involves the issuance of rights as a pro rata dividend to all common stockholders of the issuer, to tender («put») their common stock to the issuer for a specified amount of cash or a package of securities (debt securities, preferred stock or a combination thereof) worth more than current market price following the occurrence of a specified triggering event.

The rights are not unlike those involved in other poison pill plans (they carry no voting right and they are redeemable for a nominal sum until they become effective) except that they do not separate from the underlying common stock. This type of plan is similar to a Flip-in, but uses an automatic self-tender rather than an automatic new issue of stock to dilute an acquiror's holdings<sup>40</sup>.

Typically, the triggering event is the acquisition of a given percentage of the issuer's capital stock. The rights then become non-redeemable and exercisable by all common stockholders except the acquiror, through the tendering of their common stock to the issuer. However, the rights do not separate from the underlying stock. If the take-over is successful, the effect of the Back-End plan is to require the acquiror to buy out the remaining shareholders at a price established by the issuer's management. The Back-End discount is usually less than the 50% discount available to rightsholders with Flip-over plans<sup>41</sup>. The value of the securities package or Back-End price may be intended to reflect the high end of the long-term realizable value of the issuer over the duration of the plan. Although many variations are available, a fixed dollar value will be chosen to project the impression that the board of directors of the issuer has made a definite assessment as to the long-term «fair» value of the issuer's stock to its stock-

---

40. See Office of the Chief Economist, *supra*, note 29 at 88, 045.

41. Back-End values typically exceeded market prices by 8 to 92%. See Office of the Chief Economist, *supra*, note 17 at 14.

holders. A fluctuating Back-End price would undermine the credibility of that proposition<sup>42</sup>.

The effects of the Back-End plan are very similar to those emanating from the Flip-over plans inasmuch as the acquiror's equity position in the issuer is diluted even through an open market stock purchase which is an important advantage over Flip-over plans with Flip-in added features. In a Back-End plan, the dilutive effects can occur without a merger or a selfdealing transaction.

Many variations of Back-End plans are available<sup>43</sup>. However, because Back-End plans, upon the occurrence of a triggering event, involve an exchange offer that is not open to all shareholders, they are similar in financial effects to discriminatory self-tender offers and may be illegal under the Securities Exchange Act of 1934. They are thus unpopular in the U.S. because of such suspect legal status<sup>44</sup>.

#### (e) Voting Rights Plan

Defensive measures with voting provisions involve the issuance of a pro rata dividend to all common stockholders of the issuer of securities having special voting powers. Voting plans are directly aimed, not at diluting an acquiror's economic investment, but at his exercise of control<sup>45</sup>.

There are various forms of voting rights plans. In one version, the issuer issues preferred stock<sup>46</sup> that grants «supervoting» privileges<sup>47</sup> to all common stockholders except the acquiror under

---

42. Wildeboer, *supra*, note 23 at 37.

43. For examples of different variations of Back-End plans, see Dawson, Pence and Stone, *supra*, note 16 at 429.

44. The Delaware Supreme Court in *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, Del. Supr., 506 A. 2d 173 (1986), while not directly confronting the legality of a note purchase plan (or Back-End plan) stated *in dicta* that Revlon's plan, which provided note purchase rights to all shareholders except Pantry Pride, was not unlawful. The court concluded that Revlon's board had the power to adopt such a plan if plausibly related to the goal of shareholders wealth maximization. However, the Securities and Exchange Commission (S.E.C.) has indicated that it views such plans as the equivalent of an issuer tender offer. Thus, plans which discriminate against acquiring persons would be prohibited under the «all-holders rule» enunciated by the S.E.C. whereby an issuer tender offer must be open to all security holders of the same class at the highest price paid to any other security holder. See Rule 13e-4(f) (8) under the Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. s. 78a et seq.

45. Wilderboer, *supra*, note 23 at 38.

46. See Dawson, Pence and Stone, *supra*, note 16 at 430.

47. See *Asarco Inc. v. M.R.H. Holmes A. Court*, 611 F. Supp. 468 (D.C.N.J. 1985).

specified circumstances for the purpose of severely diluting the voting power of said acquiror seeking control.

Under another version, common stockholders are issued securities with voting rights that increase with the length of time the securities are held<sup>48</sup>, «preventing those shareholders who sell their stock to the bidder from transferring full voting power»<sup>49</sup>. Also the securities may carry reduced voting privileges for a specified period following their transfer.

### 2.3 Concluding Thoughts

There are thus numerous combinations possible and new forms of poison pill plans are yet to be invented<sup>50</sup>. The decision to adopt a shareholders' rights plan, the feature(s) to be incorporated into the plan and the timing of its adoption will depend on various considerations such as the different impacts of pill features. With the exception of voting rights plans, general provisions are found scattered throughout the different types of plans<sup>51</sup>, such as the redemption provisions. Many plans provide the issuer's board of directors with a redemption «window» of a specified number of days after the pill has been triggered. Other redemption provisions have been inserted. For example, if an acquiror reduces his holdings below a predetermined level in transactions that do not involve the issuer, the redemption provisions may be reactivated. As the board of directors controls the redemption, issuer's management and directors become important players in the take-over bid process.

Another provision generally encountered is commonly called the «out» price provision. For example, a triggering event will be deemed not to occur, if a bidder makes a cash tender offer for all the issuer's outstanding common shares at a specified minimum price.

---

48. See Dawson, Pence and Stone, *supra*, note 46 at 430.

49. See Thompson, *supra*, note 24 at 187.

50. For a detailed exposure on recent U.S. developments and variations in poison pill technology such as the «Adverse Person Flip-in» adopted in 1987 by Boeing in response to a bid by Mesa Limited Partnership to acquire 15% of Boeing's common stock, the «Shareholder Approval Provisions», the «Interim Safeguard» plans, the «Value Assurance» plans and other variations, see the outline on poison pills prepared by Jim Freund and Eric Cochran of Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom of New York, *supra*, note 23.

51. Wilderboer, *supra*, note 23 at 39.



The «out» price will be set at a premium to market price but reflective of the long-term value of the shares of the company<sup>52</sup>.

Poison pill plans may provide strong anti-take-over consequences. A plan may be put in place to cause the potential acquiror massive dilution of his economic investment if he reaches a certain threshold of ownership in the issuer of rights (the «target»).

The above-detailed features vary in form but have the same «poisonous» effect for the acquiror. Whether the securities involved in the Rights Agreement are common, preferred or debt, the consequences will be the same.

The pertinent distinctions that are worth evidencing at this time are the discriminatory effect and the severity of a particular type of plan.

First, all poison pill plans are discriminatory. By their very nature, even Flip-over provisions cannot include the defined acquiror, since all Flip-over plans contain a self-dealing Flip-in feature that excludes the acquiror. Such a feature is designed to prevent said acquiror from engaging in defined self-dealing transactions which do not require a contract between the latter and the issuer. If pills were not discriminatory, they would void the purpose they were intended for and all that would happen upon a triggering event is a massive stock split<sup>53</sup>.

As per the severity, it appears that since all pills are re-deemable by the board of directors of the rights issuer, the final issue is whether or not the board redeemed the rights<sup>54</sup>. However, it is easily evidenced that poison pill plans that give issuer's shareholders, other than the defined acquiror, the right to purchase securities at a 50% discount will be judged more severe than other plans which act as fair price amendments when massive dilution is absent.

Because all poison pill plans are discriminatory and severe, they encourage the potential acquiror to negotiate a deal with the issuer's

---

52. See *Dynamics Corp. of America v. C.T.S. Corp.*, 805 F. 2d 705 (7th Cir. 1986).

53. Wilderboer, *supra*, note 23 at 43.

54. *Ibid.* at 44.

management, rather than with the shareholders who usually have the final say in a corporate control decision<sup>55</sup>.

Finally, it should be emphasized that shareholders' rights plans do not foreclose all hostile tender offers and make a corporation takeover proof. They simply raise the costs of a nonnegotiated transaction<sup>56</sup>. The acquiror can make a tender offer for all of the issuer's outstanding shares and rights subject to a condition that a very high number of shares and rights be tendered in order to reduce the dilutive effects of a plan. The acquiror can also accumulate stock just below the trigger level and use the proxy process either to pass a resolution calling for the redemption of the rights or to replace the issuer's board and then redeem the rights<sup>57</sup>.

In the following section we will examine the emphasis given to the above detailed features and the close scrutiny of said features' severity and poisonous effects by the American courts in their judicial enquiry into the validity of shareholders' rights plans from a corporate law standpoint.

### 3. THE JUDICIAL ASSESSMENT: American Caselaw

#### 3.1 Introduction

Because of their potential effectiveness and controversial nature, judicial review as pertaining to the merits of poison pill plans in the U.S. is abundant. We will therefore review, for the purpose of this study, only the relevant caselaw and analyze the main factors which influence U.S. courts in determining the legal validity of such plans.

---

55. The legality of such a transfer of authority will be more fully developed in section 3 where we will analyze the various court decisions concerning the legal validity of poison pill plans in the U.S.

56. See Fleischer and Golden, «Poison Pill» *Nat'l L.J.* (Feb. 24, 1986) at 17.

57. The Delaware Supreme Court, in upholding the *Household* plan, demonstrated that the plan did not prevent stockholders from receiving tender offers and that Household was not takeover proof by giving examples of how it would be possible to circumvent the plan. See *Moran, supra*, note 12 at 1354.

The poison pill first attracted judicial attention in the battle for control of Lenox Inc.<sup>58</sup> After Brown-Forman Distillers Corporation announced a cash tender offer for all of Lenox Inc.'s shares, Lenox Inc.'s board adopted a poison pill plan<sup>59</sup>. Brown-Forman Distillers Corporation sought a temporary restraining order to challenge the pill. The district court refused to grant the order on the ground that such a defensive tactic was not clearly in conflict with shareholders' interest<sup>60</sup>.

The second judicially considered pill was in *National Education Corp. v. Bell & Howell Co.*<sup>61</sup> where plaintiff, National Education Corp. (NEC), sought a preliminary injunction to prevent Bell & Howell from issuing rights under the plan. The Chancery Court concluded that there was not sufficient demonstration of success of prevailing on the merits at a final hearing. The injunction was denied and the parties settled out of court<sup>62</sup>.

In both above mentioned situations there was little if any discussion as to the merits of the rights plan. The Delaware Supreme Court, in *Moran v. Household International Inc.*<sup>63</sup> was thus the first to be called upon to review the legality of a rights plan. It found the «adoption» of the pill was a valid exercise of the directors Business Judgment Rule<sup>64</sup>.

However, the court warned that the «use» of a given plan will be assessed when and if the issue arises<sup>65</sup>. Consequently, the legal roles for using the pill remain obscure.

The judicial enquiry into the validity of a shareholders' rights plan will involve focusing on two main litigious issues: a) whether the plan unlawfully discriminates against the acquiror; and b) whether the adoption or implementation of the plan constitutes a breach of fiduciary duty by the company's board of directors in view of certain procedural and substantive standards established by recent court decisions.

---

58. *Brown-Forman Distillers Corp. v. Lenox Inc.*, *supra*, note 12. See also S. J. Scherer, «Delaware Supreme Court ingests a bitter pill: *Moran v. Household International, Inc.*, 500 A. 2d 1346 (Del. 1985)» (1987) *Cincinnati Law Review* 873 at 875.

59. Scherer, *Ibid.*

60. *Ibid.*

61. See *supra*, note 12.

62. Bell & Howell Co. ended up buying off National Education Corp.

63. *Supra*, note 12.

64. See *infra*, section 3.3: Fiduciary Duties of Directors - The Business Judgment Rule Cases.

65. See *supra*, note 12 at 1357.

### 3.2 The Discrimination Cases

A typical poison pill plan provides that the acquiring shareholder who triggers the exercise of the rights is excluded from the full exercise of those rights. Such discriminatory treatment among shareholders may be found unlawful or unauthorized<sup>66</sup>.

Virtually all corporate statutes provide that all shares must be identical within the same category. Strangely and interestingly, courts which have considered pills that discriminate against shareholders within the same category have reached different conclusions.

Generally, poison pill plans do not discriminate between shares themselves. It is the shareholder triggering the exercise of the rights who is discriminated against for he is the only one excluded from the benefits that other shareholders are entitled to receive.

In *Providence & Worcester Co. v. Baker*<sup>67</sup> (hereinafter *Providence & Worcester*), the Delaware Supreme Court held that the principle, that there cannot be discrimination between shares, does not forbid discrimination based on the holder of the shares. The court stated that the restrictions were «limitations upon the voting rights of the stockholder, not variations in the voting powers of the stock per se»<sup>68</sup>.

---

66. In the U.S., shareholder approval of the issuance of the rights is not required by law. See however, *Unilever Acquisition Corp. v. Richardson-Vicks, Inc.*, 618 F. Supp. 407 (D.C.N.Y. 1985) where a New York court applying Delaware law invalidated a time-phase plan as improperly discriminating both as to voting and as to transferability. The court stated *inter alia* that «change in corporate structure of great magnitude requires stockholder approval under DEL CODE ANN. tit. 8, s. 202(b) 1985» which provides that «no restriction [so imposed on the *transfer* of shares] shall be binding [...] unless the holders of the securities are parties to an agreement or voted in favor of the restriction.» [Emphasis added]

67. 67 Del. Supr., 378 A. 2d 121 (1977), rev'g Del. Ch., 364 A. 2d 838 (1976).

68. *Ibid.*, at 123.

This line of reasoning has been accepted by courts interpreting the laws of the following states: Indiana<sup>69</sup>, Michigan<sup>70</sup>, Minnesota<sup>71</sup> and Delaware<sup>72</sup>.

However, this approach has not been accepted by courts interpreting state laws of New Jersey, Colorado, Wisconsin and New York. It is thus fair at this time to conclude that the legality of a poison pill plan depends to some extent on the state of incorporation of the company adopting the plan. The discrimination issue has been at the heart of a number of decisions invalidating poison pill plans. The decisions finding illegal discrimination are usually grouped into the three following categories: economic effect, transferability and voting<sup>73</sup>.

The two principal cases in the first category are *Amalgamated Sugar Co. v. NL Industries Inc.*<sup>74</sup>, (hereinafter *Amalgamated Sugar*) and *Bank of New York Co. Inc. v. Irving Bank Corp.*<sup>75</sup>, (hereinafter *Irving Bank*).

---

69. See *Dynamics Corp. of America v. C.T.S. Corp.*, *supra*, note 52, where the Seventh Circuit held that discriminatory pills comply with Indiana's antidiscrimination statute, which requires identical rights within a share class, because discriminatory pills only discriminate among shareholders, not among shares. See also L. J. Slania, «Dynamics Corp. of America v. C.T.S. Corp.: Posner's Plan for Poison Pills» (1987) *Wisconsin Law Review* 711 at 732 making an interesting argumentative nuance by commenting that «if a poison pill plan singled out a shareholder and stripped its shares of rights which other shares had, that would be discrimination between «shares» and therefore forbidden. But if a poison pill plan was designed to strip the rights from any shareholder if that shareholder acquired a certain percentage of stock, that would be discrimination between «shareholders» and therefore allowed».

70. *Harvard Industries v. Tyson*, [1986-87 Transfer Binder] Fed. Sec. L. Rep. (C.C.H.) ¶¶ 93, 064, 95,294 (E.D. Mich. Nov. 25, 1986).

71. *Gelco Corp. v. Coniston Partners*, 652 F. Supp. 829, 847-48 (D. Minn. 1986), *aff'd* in part and vacated in part on other grounds 811 F. 2d 414 (8th Cir. 1987).

72. It is not certain that Delaware law would follow the reasoning set forth in *Providence & Worcester* for a Delaware Court has never addressed the problem of discrimination directly. In *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings*, *supra*, note 44 [hereinafter *Revlon*], the court stated *in dicta* that *Revlon's* Note Purchase Plan, which provided note purchase rights to all shareholders, except the person whose 20% stock accumulation triggered the rights, was lawful discrimination. The plan was held valid on the ground that there was a reasonable purpose for such corporate measure. The *Moran* decision is not controlling law for it did not examine the discriminatory effect of the Household pill finding the Flip-over provision to be non-discriminatory by its very nature. See *infra*, note 78. See also *Unilever Acquisition Corp. v. Richardson-Vicks, Inc.*, *supra*, note 66, and accompanying text.

73. This distinction is evidenced by one particular author, see e.g., Wildeboer, *supra*, note 23 at 59.

74. 644 F. Supp. 1229 (S.D.N.Y. 1986) *aff'd* 825 F. 2d 634 (2nd Cir. 1987).

75. Transcript of Oral Opinion (N.Y. Sup. ct. July 6, 1988), *aff'd*, No. 34386 (N.Y. App. Div. Oct. 4, 1988).

In *Amalgamated Sugar*, the target, NL Industries (NLI), adopted a Household-type pill. After NLI refused to redeem the rights, Amalgamated Sugar triggered the rights and sought injunctive relief in order to enjoin NLI's pill. The injunction was granted by the District Court of New York which held the NLI plan, and in particular the Flip-in provision, to be ultra vires as a matter of New Jersey law. Amalgamated Sugar's main argument was that the plan discriminated among shareholders of the same class or series in violation of the New Jersey's Business Corporations Act<sup>76</sup>. The court agreed with Amalgamated Sugar's pretensions and held that the Flip-in provision, by diluting only the acquiring shareholder's holdings, created an illegal disparity of treatment among shareholders. The court rejected NLI's argument that the rule in *Moran v. Household International Inc.*<sup>77</sup> should apply on the ground that the Household pill only contained a Flip-over provision which is no discriminatory by nature<sup>78</sup>. The court placed importance on the severity of the discriminatory effect of the NLI's plan and emphasized the fact that «no one in his right mind will ever tender».

In *Irving Bank*, the Bank of New York (BNY) brought a motion seeking a preliminary injunction enjoining Irving Bank (IBC) from enforcing the Flip-in provision of its rights agreement that was adopted by the board of IBC, on May 19, 1988. BNY sought a conclusion that the Flip-in amendment was ultra vires as a matter of New York law.

Section 501 of the *New York's Business Corporation Law*<sup>79</sup> directs that all shares in the same class shall be equal.

---

76. N.J. STAT. ANN. § 14A: 7-1 (West 1969).

77. *Supra*, note 12.

78. See text, *supra*, section 2.3: Concluding Thoughts. It is submitted that all pills are discriminatory and must be so to attain the results that they are created to achieve. The *Household* pill did contain a self-dealing Flip-in provision but in the court's view, one reason why the *Household* pill was held legal was that it left a strategic gap in the target's defense against a potential take-over bid. The *Household* pill was a «first generation pill» and if no defined merger event or self-dealing transactions occurred than neither the Flip-over nor the Flip-in provision would be triggered. The Flip-in plan in *Amalgamated Sugar* was a «second generation pill» and contained a «percentage-based trigger» and the only accumulation of stock to a given percentage was sufficient to trigger the poisonous effect of the pill. No «merger event» or «self-dealing transaction» were needed.

79. N.Y. Bus. Corp. Law § 501(c). Section 501(c) states that «subject to the designations, relative rights, preferences and limitations applicable to separate series, each share shall be equal to every other share in the same class». Transcript of Oral Opinion at 8.

Following *Amalgamated Sugar*<sup>80</sup>, the Supreme Court of New York held that the express prohibition against discrimination in s. 501(c) may not be avoided by using a provision in the company's certificate of incorporation. It stated that s. 501(c) was intended «not to prescribe a distinction between shareholders<sup>81</sup>» and rejected the principle set out in *Providence & Worcester*<sup>82</sup>.

In the second discrimination category concerning restrictions as to the transferability of the stock, the leading case is *Minstar Ac-quiring Corp. v. AMF, Inc.*<sup>83</sup> (hereinafter *Minstar*) where the District Court for the Southern District of New York, interpreting New Jersey law, enjoined a rights plan which provided that only shareholders who had originally received the rights to dividends would be allowed to exercise the conversion privilege set forth in the rights plan.

In *Minstar*, the board's goal was to ensure that nontendering shareholders would receive a fair value for their shares in the event of a hostile take-over. The plan provided for the distribution of a dividend in the form of a right to exchange, upon a defined triggering event, their shares for subordinated debentures. The rights were not transferable. The shareholders could not trade these rights without the underlying stock nor transfer them separately after the occurrence of the triggering event.

The court thus enjoined the plan on two basis. Firstly, the fact that only those shareholders who held their shares as of the date of the distribution were permitted to convert their shares effectively divided the common stock into two classes and thus created discrimination between holders of the same class. Secondly, the nontransferability constituted an illegal restraint on the alienability of the underlying stock<sup>84</sup>.

In the third discrimination category concerning restrictions as to voting, two cases stand out in importance. The first, interpreting New Jersey law and the second, interestingly interpreting Delaware law where discrimination has usually been allowed<sup>85</sup>. In *Asarco Inc. v. M.R.H.*

---

80. *Supra*, note 74.

81. Citing approvingly the New York Court of Appeals in *Febland v. Two Trees Management Co.*, 66 N.Y. 2d, 556 which had previously judicially considered s. 501(c) of N.Y. Bus. Corp. Law.

82. See *supra*, note 67.

83. 621 F. Supp. 1252 (D.C.N.Y. 1985).

84. *Ibid.* at 1257-1259.

85. See *supra*, note 72.

*Holmes A. Court*<sup>86</sup> (hereinafter *Asarco*) a New Jersey court applying New Jersey law held in favor of the plaintiff that it was impermissible to have different rights within a single class of stock. According to the court, New Jersey corporate law did not grant the board of directors the authority to reapportion the voting powers of stockholders within the same class.

In *Asarco*, the board's plan provided for the issuance of a dividend consisting of preferred stock to common stockholders. The rights would be triggered if a person acquired 20% or more of voting stock of *Asarco* while the acquiror would be the only one prevented from exercising the increased voting power.

In *Unilever Acquisition Corp. v. Richardson-Vicks Inc.*<sup>87</sup>, a New York court interpreting Delaware law invalidated a time-phase voting plan on the basis that it was improperly discriminating both as pertaining to voting and transferability. The new class of preferred stock, adopted in the middle of a take-over fight, provided for different voting rights within the same class of stock dependent upon the time the stock was acquired and the duration that it was held.

The court noted that under Delaware law, a change in corporate structure of this importance required shareholders approval which had not been obtained<sup>88</sup> and indicated that *Richardson-Vicks Inc.*'s certificate of incorporation explicitly provided that «[a]ll shares of any one series of preferred stock shall be identical with each other in all respects»<sup>89</sup>.

The court also distinguished the *Unocal* findings<sup>90</sup> on the ground that discriminating against a renowned «greenmailer» was permissible but that the facts in the present situation were different.

---

86. *Supra*, note 47.

87. *Supra*, note 66.

88. *Ibid.* at 410.

89. *Ibid.*

90. *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, De. Supr., 493 A. 2d 946 (1985) [hereinafter *Unocal*].



Colorado law<sup>91</sup> and Wisconsin law<sup>92</sup> have also been judicially interpreted to forbid unlawful discrimination between shares of the same class.

Under Delaware, Indiana, Michigan and Minnesota law<sup>93</sup>, discrimination has been allowed in light of the Delaware Supreme Court finding in *Providence & Worcester*<sup>94</sup>. Said discrimination can be a factor that may influence a court's decision as to whether a target's board breached its fiduciary duty in adopting a certain type of poison pill plan<sup>95</sup>.

It is interesting to note that both Ohio<sup>96</sup> and Wisconsin<sup>97</sup> have modified their state corporation laws to expressly permit directors of target companies to issue rights which do not allow the holder of a determined percentage to exercise said rights hence permitting discrimination among shares of the same class or series.

### 3.3 Fiduciary Duties of Directors - The Business Judgment Rule Cases

#### (a) The Business Judgment Rule in the context of ordinary business decisions: The «Traditional» Rule

The U.S. courts may invalidate a poison pill plan if the issuer's directors are found to have breached their fiduciary duties by either adopting the plan or by deciding to redeem the poison pill rights once a take-over bid is launched.

---

91. See *Spinner Corp. v. Princeville Development Corp.*, No. 86-0701 (D. Hawaii 1986) where the U.S. District Court for the District of Hawaii, applying Colorado law, enjoined the Flip-in feature of the plan but refused to enjoin the Flip-over provision.

92. See *R.D. Smith & Co., Inc. v. Preway, Inc.*, 644 F. Supp. 868 (W.D. WIS. 1986) where a preliminary injunction was denied on the grounds of failure to demonstrate irreparable harm. The court found that plaintiff had demonstrated a likelihood of success on the merit that a discriminatory pill was unlawful by applying Wisconsin corporate law. The court compared Preway's plan with the plan in *Amalgamated Sugar* and found them to be substantially similar and followed *Amalgamated Sugar's* application of New Jersey law which «does not allow directors to circumvent the anti-discrimination statute».

93. See *supra*, notes 69-72.

94. See *supra*, note 66 and accompanying text.

95. Thompson, *supra*, note 24 at 199.

96. OHIO REV. CODE ANN § 1701.16 (Anderson Supp.1987).

97. WIS. STAT. ANN § 180.155 (West Supp. 1988).

As fiduciaries to the corporation and its shareholders directors have a duty to act with due care and in good faith. As such, corporate directors enjoy the protection of the Business Judgment Rule which is a Common Law doctrine that, at least outside the realm of tender offers<sup>98</sup>, insulates managerial decisions from judicial scrutiny<sup>99</sup>. The Business Judgment Rule is a presumption which provides that: in making a business decision, the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and with the honest belief that the action taken was in the best interests of the company<sup>100</sup>.

The Business Judgment Rule consists of the five following elements having to be satisfied for the Rule to apply<sup>101</sup>:

- «(1) the directors exercised a business judgment, in that there was an affirmative act by the directors as opposed to inaction (although a conscious decision to refrain from acting may be a valid exercise of business judgment);
- (2) the directors did not have a personal interest in the challenged directorial action<sup>102</sup>;
- (3) the directors made a reasonable effort to ascertain and consider all information relevant to their action;
- (4) the directors acted with the belief that their action was in the best interests of the corporation and its shareholders; and
- (5) the directors' action did not constitute gross overreaching or abuse of discretion.»

---

98. See *Unocal*, *supra*, note 90 at 946 which stated *inter alia* that «the Business Judgment Rule, including the standards by which the conduct of a board of directors is judged, is applicable in the context of a takeover.»

99. Easterbrook and Fischel, «The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer», *supra*, note 6 at 1194-1195.

100. *Aronson v. Lewis*, 473 A. 2d 805, 812 (Del. Supr. 1984). See also D. Block, N. Barton and S. Radin, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers* (Clifton, N.J.: Prentice Hall, 1987).

101. Block, Barton and Radin, *Ibid.* at 9-17. See also M. St-Patrick Baxter, «The Fiduciary Obligations of Directors of a Target Company in Resisting an Unsolicited Takeover Bid» (1988) 20 *Ottawa L. Rev.* 63 at 68.

102. Directors are only precluded from making money at the expense of the corporation. See *Cheff v. Mathes*, 199 A. 2d 548, 554 (Del. 1964) [hereinafter *Cheff*], stating that «the mere fact that some [...] directors were substantial shareholders does not create a personal pecuniary interest in the decisions made by the board of directors, since all shareholders would presumably share the benefit flowing to the substantial shareholder».

Unless a plaintiff, challenging the directors' decisions, can rebut this presumption and show evidence that the directors had a disqualifying self-interest in the transaction, the courts will refrain from reviewing the substance of the decision<sup>103</sup>. Judicial inquiry ends when the directors demonstrate that they have taken the procedural steps necessary to guarantee informed decisions.

The «Traditional» Business Judgment Rule recognizes that ordinary business decisions are better made in the boardroom than in the courtroom. However, in take-over cases, instead of automatically applying the «Traditional» Business Judgment Rule, courts have begun to scrutinize very carefully whether the directors of a corporation implementing a take-over defense mechanism have respected their fiduciary duties toward the corporation and its shareholders. Some authors have suggested that the Business Judgment Rule has no place in the context of corporate control for such transactions involve inherent conflict of interest between the directors' loyalty to shareholders interests and their own desire to retain control<sup>104</sup>.

**(b) The Business Judgment Rule in the context of corporate control decisions : The «Modified» Rule**

Two important characteristics distinguish corporate control decisions from ordinary business decisions<sup>105</sup>. First, corporate control decisions affect shareholders' interests in making personal investment decisions that each shareholder has an interest in making independently without relying on their directors<sup>106</sup>. Second, is the inherent conflict of interest that directors, especially inside or management directors, face when confron-

---

103. Some commentators have suggested the following justifications for the Business Judgment Rule: first, the Business Judgment Rule allows directors the freedom to formulate effective corporate policy. Second, the Business Judgment Rule encourages competent people to become directors by alleviating their fear of personal liability for honest mistakes in judgment. Third, the Business Judgment Rule relieves courts of the burden of second guessing complex corporate decisions, a task for which courts often lack the necessary expertise, information and time. The Business Judgment Rule thus articulates the principle that although shareholders have a right to expect their directors to exercise due care and undivided loyalty to the corporation, they cannot expect directors to guarantee the success of their decisions. See Notes, «Exclusionary Tender Offers: A Reasonably Formulated Takeover Defense or a Discriminatory Attempt to Retain Control?» (1986) 20 *Georgia Law Review* 627 at 658, n. 139.

104. See Gilson, «A Structural Approach to Corporations: the Case Against Defensive Tactics in Tender Offers» *supra*, note 6 at 821-831.

105. See Notes, «False Halo: The Business Judgment Rule in Corporate Control Contests» (1988) 66 *Texas Law Review* 843 at 848-849.

106. *Ibid.* at 848.

ted by a take-over attempt<sup>107</sup>. Directors may be inclined to resist a take-over bid to preserve control<sup>108</sup>.

The *Cheff* case<sup>109</sup> involved a corporation purchasing its own shares as a defensive tactic against a minority shareholder interested in gaining control of the corporation to liquidate its assets. The *Cheff* case followed the reasoning of *Bennett*<sup>110</sup> in which the requirement that directors in a struggle for control bear the initial burden of proving that their actions have a proper business purpose was first formulated.

The *Cheff* court noted that where there is a struggle for control, «directors are of necessity confronted with a conflict of interest, and an objective decision is difficult»<sup>111</sup>. The board had to demonstrate that it had sincerely believed that buying out the dissident shareholder was «necessary to maintain what the board believed to be proper business practices»<sup>112</sup>.

However, the traditional discretion afforded to directors was not altered for if directors carry a burden of proof, their decision will not be modified «even though hindsight indicates the decision was not the wisest course»<sup>113</sup>. The court found that the board's decision was an informed one and should be given deference.

---

107. *Ibid.* at 849.

108. See *Bennett v. Propp*, 187 A. 2d 405, 409 (Del. 1962) [hereinafter *Bennett*]. «When a threat to control is involved», the Delaware Supreme Court felt that «directors are of necessity confronted with a conflict of interest». Thus, the burden of proof «should be on the directors to justify such a purchase as one primarily in the corporate interest». See also *Cheff*, *supra*, note 102 at 554 citing *Bennett* approvingly and the dissenting opinions in *Johnson v. Trueblood*, 629 F. 2d 287 (1980) and *Panter v. Marshall Field & Co.*, 646 F. 2d 271 (1981) [hereinafter *Panter*] where majority opinions applied the sole or primary motive test and evoked strong dissensions. See particularly the dissenting opinion of Cudahy J. in *Panter* criticizing the majority for providing target directors with a virtually «irrebuttable presumption of sound business judgment, prevailing over everything but the elusive hobgoblins of fraud, bad faith or abuse of discretion», at 299.

109. *Supra*, note 102.

110. *Supra*, note 108.

111. *Supra*, note 102 at 554, citing *Bennett*.

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*

The *Cheff* court formulated a policy conflict/primary purpose test<sup>114</sup> whereby the directors satisfy their burden of proof by showing good faith and reasonable investigation; «the directors will not be penalized for an honest mistake of judgment, if the judgment appeared reasonable at the time the decision was made»<sup>115</sup>. *Cheff's* motive analysis thus gave target companies directors large discretion to block take-over bids that lasted for two decades until the Delaware Supreme Court moved toward a standard of judicial review in a trilogy of decisions handed down in 1985 and early 1986<sup>116</sup> which contemplated a genuine effort to distinguish defensive tactics that might benefit shareholders from suspect tactics designed to entrench management.

These decisions strengthened the *Cheff* standard by imposing a second step requiring the defensive tactics to face proportionality review. Defensive measures must be «reasonable in relation to the threat posed»<sup>117</sup> notwithstanding the motives of their authors.

(i) **Unocal Corp v. Mesa Petroleum Co.**<sup>118</sup>

In *Unocal*, the Delaware Supreme Court imposed the enhanced duty, on a board of directors facing a take-over bid, to satisfy the initial burden of proving the reasonableness of its decision to oppose the bid:

«Because of the omnipresent specter that a board may be acting primarily in its own interests, rather than those of the corporation and its shareholders, there

---

114. R.J. Gilson and R. Kraakman, «Delaware's Intermediate Standard for Defensive Tactics: Is there Substance to Proportionality Review?» (1989) 44 *The Business Lawyer* 247 at 249.

115. *Supra*, note 102 at 555.

116. The Second Circuit Court of Appeals in *Norlin Corp. v. Rooney, Pace, Inc.*, *supra*, note 2 was actually the first court to question the application of the Business Judgment Rule under *Cheff's* policy conflict/primary purpose test. Applying New York law, the court found self-dealing on the part of the Norlin board. Plaintiffs made a prima facie showing that the Norlin directors breached their fiduciary duty of loyalty by adopting a defensive take-over tactic designed to perpetuate the board's control over the corporation. Given this initial demonstration of self-dealing or bad faith is demonstrated, «the duty of loyalty supersedes the duty of care, and the burden shifts to the directors to "prove that the transaction was fair and reasonable to the corporation"», at 265. The court thus superimposed the duty of loyalty onto the Business Judgment Rule by requiring the board to establish the «independent» legitimacy of the actions taken instead of the more easily met «legitimate» business purpose of the *Bennett* and *Cheff* era.

117. *Unocal*, *supra*, note 90 at 955.

118. *Ibid.* at 946.

is an enhanced duty which calls for judicial examination of the threshold before the protections of the business judgment rule may be conferred.

[...]

In the face of this inherent conflict, directors must show that they had reasonable grounds for believing that a *danger to corporate policy and effectiveness existed* [...].

However they satisfy that burden «by showing *good faith and reasonable investigation*<sup>119</sup> [...]» [Emphasis added]

To come within the ambit of the Business Judgment Rule, the defensive measure [here a self-tender offer] must also be reasonable in relation to the threat posed<sup>120</sup>.

Once the board of directors meets these requirements, the Business Judgment Rule will receive application to protect the board's defensive measure.

The court thus engaged in a thorough review of the directors' decision making process and motives. Since the court was convinced that the board had taken adequate steps to ensure an informed business judgment, the court deferred without an extensive examination of the defensive measure<sup>121</sup>.

## (ii) **Moran v. Household International Inc.**<sup>122</sup>

The *Moran* decision followed the *Unocal* analysis in the first judicial test of the poison pill. The Delaware Supreme Court upheld a decision rendered by the Chancery Court on the grounds that the adoption of Household's shareholders' rights plan under which shareholders had the right to purchase \$200 worth of the acquiror's stock for \$100 in the event of a take-over was a «legitimate exercise of business judgment by Household»<sup>123</sup>.

---

119. *Ibid.* at 954-955.

120. *Ibid.* at 947.

121. In *Unocal* the court was impressed by the fact that outside directors met separately with accountants and lawyers to consider the tender offer before voting to approve the defensive measure. The approval of outside directors created a sufficient presumption that the measure was fair enough for the court to decline further scrutiny.

122. *Supra*, note 12.

123. *Ibid.* at 1348.

In *Moran*, the court extended the *Unocal* analysis to a situation in which the board of directors took action even though no actual tender offer had been made. The suit to invalidate the plan was not filed by a bidder but by a dissenting board member and Household shareholder. The court concluded that the board did not breach any fiduciary duties<sup>124</sup> and found that the directors had reasonable grounds for believing Household was vulnerable to bust-up take-overs and coercive acquisition techniques, and that the shareholders' rights plan was a reasonable defensive mechanism.

However, because the poison pill defensive measure resulted in transferring power from the shareholders to management, the *Moran* court exhibited more interest than it had in *Unocal* in both the merit of the directors' evaluation of the threat and the reasonableness of the defensive measure.

The court noted that the board's ability to satisfy the initial burden of proof was materially enhanced by the fact that a majority of the board consisted of outside, independent directors<sup>125</sup>. A decision by a board composed of a majority of outside directors rein-forces the presumption that said board acted in good faith.

The court also expressed the view that, because the directors were not acting under the pressure of a hostile tender offer but pursuant to a reasonable and informed<sup>126</sup> analysis of the issues, application of the Business Judgment Rule was even more appropriate<sup>127</sup>.

In upholding the poison pill plan, the court noted that when a bidder actually presents a tender offer and requests the board to redeem the rights, the board will be under the same fiduciary duty to base its redemption decision as when it decided to adopt the plan. The decision

---

124. Before addressing the fiduciary duty issue, the court found that (1) the Delaware General Corporation Law gave the board the power to implement the pill. *Ibid.* at 1351-1353. (2) Shareholder approval was not necessary to implement the pill because it did not change Household's fundamental structure pointing out that the rights inhibited but did not preclude a hostile bid, at 1354. (3) The pill did not restrict a shareholder's ability to conduct a proxy contest, at 1355.

125. *Ibid.* at 1356.

126. The Court applied the standard set out in *Smith v. Van Gorkom*, Del. Supr., 488 A. 2d 858 (1985) where one of the issues in the case was whether the board had approved the transaction on an informed basis and where the Delaware Supreme Court held that the board had breached its duty of care even though the transaction involved a substantial premium to market price.

127. *Supra*, note 12 at 1350.

whether to redeem the poison pill plan will be evaluated under the same criteria that were originally used by the court to evaluate the board's initial decision to adopt the plan<sup>128</sup>.

The Delaware Supreme Court even though it held as valid the «adoption» of a poison pill, warned that the «use» or «operation» of a pill may not be treated equally:

«While we conclude for present purposes that the Household directors are protected by the business judgment rule, that does not end the matter. The ultimate response to an actual takeover bid must be judged by the directors' actions at that time, and nothing we say here relieves them of their basic fundamental duties to the corporation and its stockholders [citations omitted]. Their use of the Plan will be evaluated when and if the issue arises»<sup>129</sup>.

The issue did arise in the Revlon take-over bid by Pantry Pride<sup>130</sup>.

(iii) **Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings Inc.**<sup>131</sup>

The Delaware Supreme Court found that Revlon Inc. (Revlon), who was the subject of a tender offer by Pantry Pride, had an informed basis for believing that the offer was inadequate, that it would be financed by «junk bonds» and that if the offer were successful, it would probably lead to the eventual break-up of the corporation.

The court thus found that the poison pill was initially justified to strengthen Revlon's bargaining power. The focus of the court was thus on the pill's use or operation.

The Revlon board also entered into a «lock-up» option and a no-shop agreement with a «white knight». The court found that such an agreement was not protected by the Business Judgment Rule since by granting a «lock-up» option the board commits itself to a break-up and sale of the company's assets which is inconsistent with the preservation rationale behind the initial adoption of the poison pill plan.

The enjoinder of the «lock-up» option is relevant to the study of poison pills for, the use of defensive measures to prevent a sale of the

---

128. *Ibid.* at 1354.

129. *Ibid.* at 1357.

130. *Revlon, Supra*, note 44.

131. *Ibid.*



corporation is improper and the court held that once the corporation is for sale, the directors' duty changes «from defenders of the corporate bastion to auctioneers charged with getting the best price for the stockholders at a sale of the company»<sup>132</sup>.

The court found that the no-shop clause effectively prohibited negotiations with all other prospective acquirors, thereby impeding the competing bidding process<sup>133</sup>. The «lock-up» option allowed the «white knight» to acquire two of Revlon's lucrative divisions at a price \$100-\$175 million below its appraisal value<sup>134</sup>. The court found that it stifled the bidding process between the «white knight» and Pantry Pride to the detriment of the shareholders<sup>135</sup>. As auctioneers, directors have a duty to maximize the company's sale price; therefore, defensive tactics must be designed to obtain the highest price possible for the stockholders<sup>136</sup>.

---

132. *Ibid.* at 182.

133. *Ibid.* at 184.

134. *Ibid.* at 178.

135. *Ibid.* at 184. The court stated that no interests other than those of the shareholders can be considered when there is an active bidding process in progress. The court also noted that a «lock-up» provision is not illegal *per se*; some «lock-ups» benefit the shareholders by inducing a bidder to compete for control of the company. Such tactics are harmful, however, where the plan *precludes* bidders from competing, at 183. [Emphasis added]

136. *Ibid.* at 182. Two subsequent decisions have reaffirmed and expanded the *Revlon* principle. See *Edelman v. Fruehauf Corporation*, 798 F.2d 882 (6th Cir. 1986) and *Freedman v. Restaurant Associates Industries Inc.*, [1987-1988 Transfer Binder] Fed. Sec. L. Rep. (C.C.H.) ¶ 93, 502 (Del. Ch. 1987). But see *Buckhorn, Inc. v. Ropak Corporation*, 656 F. Supp. 209 (S.D. Ohio 1987) where the Southern District Court of Ohio limited the scope of the *Revlon* principle by holding that the target board's authorization of management to explore a variety of defensive measures, including the possible sale of the company, did not establish the board's duty of auctioneer. In *Ivanhoe Partners v. Newmont Mining Corporation*, Del. Supr., 535 A. 2d 1334 (1987) the Newmont directors entered into a standstill agreement with a third party to avoid Ivanhoe's hostile take-over attempt. The court concluded that *Revlon* did not apply because the board did not «sell» the corporation for the third party only acquired a minority position from private sellers and did not gain control of the corporation's board. See also B. Reeder, «the Obligation of a Director of a Delaware Corporation to Act as an Auctioneer» (1989) 44 *the Business Lawyer* 275 interpreting *Revlon* to the effect that the board should become an auctioneer only when it is clear that the target is to be broken up and its effectiveness destroyed. In *Black & Decker Corp. v. American Standard, Inc.*, 682 F. Supp. 772 (D. Del. 1988) the United States District Court of Delaware expanded the reach of the *Revlon* principle in recognizing that a change in control through recapitalization may be equivalent to a «sale» and trigger the directors duty to obtain the highest price possible for the shareholders. The Recapitalization Plan included a Poison Pill Plan and an Employee Stock Ownership Plan that had the effect of ensuring American Standard Management's control over a majority of the common stock of the company. It was held that the change in control amounted to a sale. The duty of directors to act as auctioneer is also evidenced in *C.R.T.F. Corp. v. Federated Dep't Stores*, *supra*, note 13 where the United States District Court for the Southern District of New York observed that even during an auction, a poison pill plan

Thus, when a board adopts an anti-take-over measure, there must be some «rationally related benefit accruing to the shareholders»<sup>137</sup>. Therefore, when a sale is inevitable, the enjoinder of the poison pill plan is also inevitable for the courts believe that the director's duty is to obtain the best price for the shareholders. If the pill is aimed at preventing a prospective acquiror to make a bid, then the board will breach its fiduciary duty to act as a neutral auctioneer.

The *Revlon* court thus applied an enhanced duty of loyalty giving controlling importance to the best interests of the shareholders once an auction begins.

With the added emphasis on «reasonableness», has come an increased scrutiny into the directors' duty of care<sup>138</sup>. Cases dealing with a proper decision-making process criteria were subsequently established<sup>139</sup>. The battle for control of CTS Corp. by Dynamics Corp. of America illustrates this.

---

«provides the directors with a shield to fend off coercive offers and with a gavel to run an auction», at 98, 120. In *City Capital Associates v. Interco Inc.*, Del. Ch. 551 A. 2d 787 (1988) Chancellor Allen commented that *Revlon* should not be read as requiring a board to «shop» or conduct an auction process every time a merger agreement is entered into. The board's duty is to probe the market for alternative transactions in order to satisfy the obligation to act in an «informed manner». The board's fiduciary obligations can thus be satisfied with more latitude, in ways other than by acting as auctioneers in the traditional way.

137. *Revlon*, *supra*, note 44 at 176.

138. See Easterbrook and Fischel, «The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer» *supra*, note 6 observing that when directors are looking at a conflict of interest situation such as a defensive measure to a take-over bid and its use, the directors' skills are not the issue, it is the directors' temptation for self-dealing which the courts must enquire and therefore the proper criterion should be whether the directors satisfied their fiduciary obligation of loyalty to the corporation and its shareholders.

139. See *Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition, Inc.*, 781 F.2d 264 (2d Cir. 1986) where the United States Court of Appeals for the Second Circuit considering whether a target board had adequately informed itself before adopting a defensive tactic found that in the particular facts of the case, (e.g., a management led buy-out) the directors should have been more suspicious of management's motives and had a duty to scrutinize further into the fairness of the financial and legal advisors' recommendations and proceed to a reasonable investigation. The court rejected the argument that directors had an absolute right to rely on advisors. The director's had failed to satisfy their fiduciary obligation of due care. See *contra Horwitz v. Southwest Forest Industries, Inc.*, 604 F. Supp. 1130 (D. Nev. 1985).

(iv) **Dynamics Corp. of America v. CTS Corp.**<sup>140</sup>

In the litigation concerning the take-over bids of Dynamics Corporation of America for CTS corporation, the Illinois courts, applying Indiana law, considered the legality of two poison pill plans adopted by CTS.

**A) Dynamics I:**

Applying the standards of director's conduct established by the Delaware Courts in *Unocal*, *Moran* and *Revlon*<sup>141</sup>, the district court found that CTS directors breached their fiduciary duties in adopting the poison pill plan. Three main factors led to the court's conclusions.

1. The district court first considered the procedure followed by the directors in adopting the plan. The court found that the directors paid little attention to the fairness of the tender offer for the shareholders<sup>142</sup> and were more interested in finding out about other possible tactics.

The court noted that, as opposed to the *Unocal* situation<sup>143</sup> where the directors each met separately with independent financial and legal advisors before rejecting the bid, the CTS outside directors have not referred to any independent investigation<sup>144</sup>.

2. The district court second consideration concerned the «proportionality» requirement as set out in *Unocal*. The court concluded that the plan was preclusive as opposed to deterring so that all

---

140. The litigation went as follows; in *Dynamics Corp. of America v. CTS Corp.*, 637 F. Supp. 406 (N.D.Ill. 1986), the district court of Illinois issued a preliminary injunction to enjoin a CTS poison pill. In *Dynamics Corp. of America v. CTS Corp.*, 794 F. 2d 250 (7th Cir. 1986) the Seventh Circuit on appeal, affirmed the district court's decision. These decisions are henceforth referred to as *Dynamics I* and *Dynamics I-A*. The board of CTS, after *Dynamics I*, implemented a second poison pill which was not enjoined by the district court in *Dynamics Corp. of America v. CTS Corp.*, 638 F. Supp. 802 (N.D.Ill. 1986). Dynamics still sought an injunction, and appealed to the Seventh Circuit in *Dynamics Corp. of America v. CTS Corp.*, 805 F. 2d 705 (7th Cir. 1986), henceforth referred to as *Dynamics II* and *Dynamics II-A*. These cases, and others involving the same parties, deal also with issues other than poison pill plans.

141. See *Dynamics I* at 409-411.

142. *Ibid.* at 412ff. The board spent 15 minutes considering the offer. See *infra*, note 44.

143. *Supra*, note 90 at 950.

144. *Dynamics I*, *supra*, note 140 at 411. The court still reached such a conclusion even though a CTS «Internal Key Management Group» had analysed the Dynamics bid.

bids would be defeated and not merely coercive ones<sup>145</sup> and was thus unreasonable under the *Unocal* «proportionality» test. The court determined that the board adopted the Flip-in provision with the primary objective of defeating Dynamics bid<sup>146</sup>.

3. Finally the district court held that CTS Flip-in provision had to be based on an evaluation of the company's true value. The 15% trigger was evidently designed to hamper Dynamics efforts to solicit proxies<sup>147</sup>.

### **B) Dynamics I-A:**

The Seventh Circuit Court of Appeals affirmed the district court decision in *Dynamics I* and proceeded to review the policy considerations involved in the adoption of a poison pill plan. The Seventh Circuit seemed genuinely troubled by CTS's financial advisor's lack of independence and objectivity. Indeed, the financial advisor's bonus seemed to vary according to the opinion he would render to CTS's board.

Concerning the reasonableness of the defensive measure, the court stated that such a measure must be «plausibly related to the goal of stockholder wealth maximization»<sup>148</sup>. The Seventh Circuit concurred with the district court on its conclusions concerning the 15% trigger but held that the percentage level of a trigger alone is not determinative of the validity of the plan. The individual circumstances surrounding the adoption of the pill are critical to the propriety of the boards actions. It was also concerned with the \$80 million, high-interest debt that would accrue if the rights were issued, therefore increasing the risk of insolvency<sup>149</sup>.

### **C) Dynamics II:**

A second poison pill plan was put in place to conform with the strictures of the Seventh Circuit opinion in *Dynamics I-A*. Again the

---

145. *Ibid.* at 418.

146. *Ibid.* at 413.

147. *Ibid.* at 418. The court held that «for purposes of a preliminary injunction, that such a flip-in plan, adopted in the heat of a proxy contest, with no identifiable threat other than the vague fears articulated here, is unreasonable in relation to the particular threat posed.»

148. *Dynamics I-A*, *supra*, note 140 at 256.

149. *Ibid.* at 258-259.

district court had to consider the plan but did so, this time, in light of the Seventh Circuit's comments on the first pill. It held that the pill was properly put into place and did not enjoin CTS's second pill.

#### **D) Dynamics II-A:**

The Seventh Circuit, on appeal, this time found three main problems with the second pill.

1. The compensation arrangement with CTS's financial advisor caused the court to doubt the objectivity that is necessarily required from an independent financial advisor in tender offers situations<sup>150</sup>.
2. The second pill's trigger was set at 28% which was at a level below CTS's control percentage. If such an increased level would not interfere with proxy contests, the court stated that any trigger set below the necessary level needed to exercise control of the corporation had to be justified by adequate evidence<sup>151</sup>.
3. Finally, the Seventh Circuit was concerned that if a trigger price («exercice price») was set too high above market or intrinsic value, it would prevent tender offers in general and go against the purpose of selling to the highest bidder<sup>152</sup> for no person would dare submit a bid in such a situation.

The Seventh Circuit analyzed the method used by the CTS board to determine the trigger price which, in its opinion, is highly relevant to the issuers duty of reasonableness and good faith»<sup>153</sup>.

#### **(v) Conclusion:**

Even though the Illinois Seventh Circuit is applying the Business Judgment Rule standard, it seems to have less faith in management decisions than did the Delaware Supreme Court in *Unocal* and *Moran*.

---

150. *Dynamics II-A, supra*, note 140 at 710.

151. *Ibid.* at 712.

152. *Ibid.* at 714-715.

153. *Ibid.* at 714

This lack of confidence is evidenced by the careful scrutinizing involved in reviewing the procedure adhered to by company boards in implementing a defensive measure against a tender offer.

The Delaware Court of Chancery in *AC Acquisitions Corp. v. Anderson, Clayton & Co.*<sup>154</sup> argued that the proportionality test set out in *Unocal* and *Moran* was more than a threshold standard and, indeed, constituted a regulatory test by which management would be forced to justify its choice of defensive actions by reference to the amount of coercion associated with a particular bid<sup>155</sup>.

The Illinois courts, in studying the facts in the *Dynamics* situation, have certainly demanded justifications as to the CTS's board process in adopting their poison pill plans.

If some commentators<sup>156</sup> and courts have in the past claimed that the Business Judgment Rule was a necessary doctrine because courts were ill equipped to analyse complex business transactions, the courts in *Dynamics* have certainly demonstrated that the need for such pretensions need reconsideration.

Even though the substance of the decision is left in the hands of management, the decision-making process consists in a series of complex business and financial issues to be considered which are of great substance in themselves. The courts, when analyzing the «reasonableness» of a defensive tactic are making business judgments and second guessing complex corporate decisions even though courts usually contend that they are ill equipped to do so. It becomes harder and harder to justify the Business Judgment Rule in take-over situations when courts keep imposing on directors duties of care and loyalty for every move they make<sup>157</sup>. The «Modified» Business Judgment Rule is very deserving of its name for it leads a court into a detailed situational analysis of all the

---

154. Del. Ch., 519 A. 2d 103 (1986).

155. Gilson and Kraakman, *supra*, note 114 at 254-255.

156. See *supra*, notes 101-103.

157. See Easterbrook and Fischel, «The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer» *supra*, note 6 at 1196 where the respected academic commentators recognized that «Many business decisions are made on the basis of suggestive but inconclusive information. Rational shareholders would not have it otherwise, however, for their welfare is maximized by decisions that yield the highest profits net of the costs of gathering information and making the decisions».

circumstances surrounding the implementation and operation of a shareholders' rights plan<sup>158</sup>.

#### 4. The Canadian Context

##### 4.1 Introduction

On December 9, 1988, a majority<sup>159</sup> of Inco Ltd. shareholders have approved the company's controversial recapitalization plan in a vote that will have far-reaching implications for Canadian companies who wish to defend themselves against take-over bids<sup>160</sup>.

The recapitalization plan consisted in the payment of a special cash dividend of \$1.05 billion (U.S.) representing \$10 per common share and the introduction of a shareholders' rights plan which became effective on October 3, 1988 subject to shareholders' approval<sup>161</sup>.

The Caisse de Dépôt et Placement, a major Inco Ltd. shareholder<sup>162</sup>, has filed a suit in the Québec Superior Court<sup>163</sup> to have the rights plan declared null and void as contrary to Canadian corporate law<sup>164</sup>. The Caisse's court challenge represents a monumental fight for the rights of all shareholders<sup>165</sup>. At issue: are poison pills in the best interest of

---

158. For a detailed study on the role that courts should play when defensive measures are subject to legal challenge see R. C. Brown, «The Role of the Courts in Hostile Takeovers» (1989) 93 *Dickinson Law Review* 195.

159. At a special meeting of more than 400 Inco shareholders, representing 75 million of the company's 105 million shares outstanding, 72 percent voted in favor of the recapitalization plan. See J. McNish, «Inco majority opts for poison pill» The [Toronto] *Globe and Mail* (10 December 1988) B1; see also L. Dingwall, «Inco win pushes pill option» The [Toronto] *Financial Post* (10-12 December 1988) 1.

160. The writer wishes to acknowledge the involvement of the Toronto office of Stikeman, Elliott and particularly of Mr. Edward Waitzer who represented a number of major Inco shareholders in opposing the October 3, 1988 recapitalization plan and has remained an active commentator of the poison pill in Canada. He remains, along with Mr. Rob Wildeboer also of the Toronto office of Stikeman, Elliott to whom the writer wishes to express his gratitude for supplying with important research material on the poison pill plan, infinitely better versed in the subject than is the present writer.

161. See *Inco Material Change Report* (3 October 1988) at 1.

162. The Caisse de Dépôt et Placement owns over 3,200,000 common shares of Inco representing 3% of the outstanding common stock.

163. (December 5, 1988), No. 500-05-013354-889.

164. See text, *infra*, section 5: Concluding Thoughts: The Inco Pill.

165. S. Foerster, «Pass the pills for a vote, please, and hold the sugar» The [Toronto] *Financial Times of Canada* (19 December 1988) 40.

shareholders or do they represent an act of entrenchment by management<sup>166</sup>?

The Québec Superior Court has not yet rendered its decision and in anticipation thereof, the debate will remain theoretical. However, there are various legal and regulatory issues affecting shareholders' rights plan in Canada and in Québec which we will try to disclose in the following pages.

#### 4.2 The Canadian Take-over Bid Regime

In the U.S., shareholders' rights plans were developed as a response to very a different regulatory environment than the one pre-vailing in Canada<sup>167</sup>, where securities laws are structured to ensure that all public shareholders are treated fairly and receive the same consideration for their shares in a take-over bid context.

The Provincial securities dispositions and, in particular those contained in the Québec Act, will be examined in greater detail in the following pages<sup>168</sup>. However, the legal and regulatory regime that prevails in Canada entails us to proceed with the following preliminary questions;

- 1) Are shareholders' rights plans *sustainable* from a Canadian Corporate Law standpoint?
- 2) Are shareholders' rights plans *necessary* from a Canadian Securities Law standpoint?

##### A) Corporate Law Regime

Several corporate law issues arise when a shareholders' rights plan is adopted by the directors of a Canadian corporation such as the board's authority to issue securities, to declare dividends (all poison pill plans involve the issuance of a pro rata dividend to the common stockholders), to allow shareholders to purchase shares at a discounted price (usually

---

166. *Ibid.*

167. See text, *infra*, section 4.2(b)(2): Justifying the implementation of a shareholders' rights plan: Regulatory Issues.

168. See text, *infra*, section 4.2(b): Securities Law Regime.



50%), to redeem securities, to impose restriction on the ownership and issue of shares, to create a disparity of rights between holders of the same class, to decide who may hold a certain level of ownership in the outstanding equity securities of the corporation.

Each of the above-mentioned issues has to be examined specifically and individually if we are to sustain the validity of poison pill plans from a Canadian corporate law standpoint. If we answer affirmatively to the legality question concerning each of these issues, then and only then will we be able to address the matter of justification as a question of necessity in a regulatory context.

It should be noted, however, that some corporate law issues may be justified by specifically referring to the regulatory environment «gaps» which may help justify certain corporate law breaches and thus legally sustain the validity of poison pills in Canada.

#### (i) **The Issuance of Securities**

The issuance of poison pill securities has to be authorized by corporate statute. The board of directors has a general power to issue securities under its broad power to manage the affairs of the company<sup>169</sup> or the corporation<sup>170</sup>.

The board of directors may issue certificates, warrants or other evidences of conversion privileges, options or rights to acquire securities of the corporation<sup>171</sup>. The articles of incorporation may also authorize the directors to issue a class of shares in one or more series and determine the rights, privileges and restrictions attached thereto<sup>172</sup>.

---

169. *Companies Act*, R.S.Q. c. C-38, s. 123.72 [hereinafter cited as Q.C.A.].

170. *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 102 [hereinafter cited as C.B.C.A.]. The term «corporation» will be used throughout the text whether referring to a Québec «company» or a Federal «corporation» for simplification purposes.

171. Ss. 29 C.B.C.A., 123.12(7) and 123.102 Q.C.A.

172. 27 C.B.C.A. and ss. 48(2), 123.6, 146(3) Q.C.A. Also known as blank-cheque stock provisions, they allow the board of directors to fix by resolution the term of such stock. These provisions are designed to provide flexibility for the directors to issue securities without having to obtain shareholder approval. Because there are no restrictions in corporate statutes as to the directors authority to issue blank-cheques securities, it is possible to conclude that the issuance of poison pills securities, even though not issued for financing purposes, may be permitted under the C.B.C.A. and the Q.C.A.

Finally, the board of directors may issue debt obligations of the corporation<sup>173</sup>.

It thus seems that corporate statutes do not contain any disposition to the effect that poison pill securities issuance is limited. We will however discuss the judicial consideration of the board of directors power to issue securities in greater detail as we will analyze the directors duties in deflecting take-overs in Canada<sup>174</sup>.

#### (ii) Declaration of the dividend

Shareholders' rights plans as we have previously noted contain different features<sup>175</sup>. Virtually all rights plans involve the issuance of a right as a pro rata dividend.

Under corporate law statutes, directors have a wide discretion in declaring dividends. A board of directors may pay a dividend by issuing shares of the corporation<sup>176</sup>. The board may also pay a dividend in money or property<sup>177</sup>.

The only statutory limit imposed on directors is the solvency tests designed to protect the corporation's creditors<sup>178</sup>.

#### (iii) The Discounted Shares

Some shareholders' rights plans allow rightsholders to purchase shares at a discount (usually half the market value).

---

173. S. 189(1)(b) C.B.C.A. and ss. 77, 123.6, 169 Q.C.A.

174. See text, *infra*, section 4.2(a)(vi): Fiduciary duties of Canadian directors in a take-over context.

175. See text, *supra*, section 2.2: Poison Pill Features.

176. S. 43(1) C.B.C.A. and ss. 81, 123.6, 173 Q.C.A.

177. S. 43(1) C.B.C.A. and ss. 80 para. 3, 123.29, 172 Q.C.A.

178. S. 42 C.B.C.A. and ss. 123.70-71 Q.C.A.

Corporate law statutes usually provide that directors may determine the consideration for the share<sup>179</sup>. The consideration does not have to reflect fair market value<sup>180</sup>.

Theoretically, it would seem that directors could issue discounted shares as in the case when the rights are triggered upon the accumulation by a third party of a percentage of company stock and allows the rightsholders, other than the third party acquiror, to buy shares of its stock (Flip-in) or of the acquiror or merged entity (Flip-over) at a discount.

#### (iv) **Redemption of Shares**

Some shareholders' rights plans allow the rightsholders to cause the issuing corporation to redeem their shares (e.g. convertible preferred rights plan and note purchase plans)<sup>181</sup> at favourable prices.

A board of directors will not be authorize to redeem securities if certain solvency guidelines are not met<sup>182</sup>. Also, creditors may impose covenants to this effect in various debt agreements with the debtor corporation.

#### (v) **Discrimination**

We have already stated that shareholders' rights plans are discriminatory, for the acquiror who reaches a certain threshold of participation in the target's capital structure is the only one prevented from exercising the rights to acquire more shares at a discount and consequently suffers massive dilution of his equity participation.

The discrimination issue is probably the most critical to the legal validity of a shareholders' rights plan under Canadian corporate law<sup>183</sup>.

In a number of U.S. cases, shareholders' rights plans have been held invalid on the basis that, from a corporate law standpoint, a corporation

---

179. S. 25(1) C.B.C.A. Under the Q.C.A., the share capital of a company may consists of par value stock. It is to be noted that there has been judicial hostility in the past towards the issuance of stock at a price below par. See *North-West Electric Co. v. Walsh*, (1898) 29 S.C.R. 33 and *Ooregum Gold Mining Co. v. Roper* [1892] A.C. 125 (House of Lords).

180. S. 25(3) C.B.C.A.

181. See text, *supra*, section 2.2: Poison Pill Features.

182. See s. 36 C.B.C.A. and s. 123.54 Q.C.A.

183. S. 24(3) C.B.C.A.

may not discriminate against a particular shareholder based on the identity of that shareholder<sup>184</sup>.

In *Bowater Canada Limited v. R. L. Crain Inc.*,<sup>185</sup> the Ontario Court of Appeal considered a decision of McRae J., of the Ontario Supreme Court, where a provision in the articles of incorporation of a C.B.C.A. corporation purported to reduce the ten voting rights per share attaching to one class of shares to one vote per share when such stock was transferred out of a family control block.

The Ontario Court of Appeal upheld McRae J.'s decision who stated that «this interpretation is founded on the principle that votes attach to the shares as opposed to the shareholder [...] present corporate law cannot tolerate the result that the rights of a share depend on the identity of the shareholder»<sup>186</sup>.

It would thus appear that the principle to the effect that there cannot be discrimination between shares extends to discrimination based on the identity of the holder<sup>187</sup>.

A commentator has suggested an argument to the effect that a rights plan is created under a rights agreement which constitutes a contract between the issuer and a trustee acting as agent of the rightsholder and corporate law principles applicable to a class of shares do not limit the flexibility available in establishing rights by private agreement<sup>188</sup>.

A second argument that can be made is that rights are issued as a pro rata dividend and as such, are distributed to *all* shareholders. It is only when an acquiror reaches a certain level of ownership of common

---

184. See text, *supra*, section 3.2: The Discrimination Cases.

185. (1988), 46 D.L.R. (4th) 161; (1988), 62 O.R. (2d) 752 (C.A.); (1987), 26 O.A.C. 348 (Ont. C.A.), affg McRae J., unreported judgment, S.C.O. January 23, 1987.

186. *Ibid.*, S.C.O. January 23, 1987 at 7.

187. See also *Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.* (1981), 113 D.L.R. (3d) 427, [1980] 6 W.W.R. 38, (1980) 11 B.L.R. 313 (Alta. Q.B.) [hereinafter cited to B.L.R.] where the court held invalid a corporation by-law provision restricting to 1,000 the number of votes regardless of the number of shares held by a shareholder as contrary to subs. 24(3) of the C.B.C.A. The court stated that «[...] if voting rights are to vary, separate classes of shares must be created so that *the different number of votes can be attached to the shares themselves and not to the holders*», [Emphasis added] at 319.

188. Coleman, *supra*, note 8 at 10.

stock of the issuer that such acquiror is discriminated against. The acquiror is the only shareholder whose rights become null and void.

However, there have been situations where corporations have issued rights or stock options to certain officers that become null and void in circumstances such as leaving the corporation's employment.

The only difference between such a situation and a shareholders' rights plan is that in the latter situation the rights are issued to *all* shareholders.

However, in anticipation of judicial ratification of such arguments, it remains to be ascertained whether the necessary discriminatory effects of a shareholders' rights plan can be sustained under Canadian corporate law.

(vi) **Fiduciary duties of Canadian directors in a take-over context.**<sup>189</sup>

Despite the high take-over activity of recent years, very few Canadian courts have proceeded to a judicial consideration of the validity of take-over defensive measures. Courts are therefore lacking in Canadian precedent and will be forced to turn to other jurisdictions for judicial support. It is noted by certain legal scholars<sup>190</sup> that Canadian courts will thus focus on the wealth of U.S. case law to assist them in their difficult task of deciding the validity of both the adoption of a defensive measure and of its operation.

(a) **The Proper Purpose Doctrine**

The Proper Purpose Doctrine is a statement developed by the courts to the effect that directors, in carrying out their functions, must exercise

- 
189. It is to be noted that the legal relationship between a corporation and its directors is governed, in Québec law, by a different set of rules from those existing elsewhere in Canada. In Québec, a director is not a fiduciary as in other provinces but a mandatary of the corporation he represents. See s. 123.83 Q.C.A. The rules of civil law mandate (A. 1701-1761 C.C.) are completed by the duties which flow from the position of director (e.g. the institutional theory has allowed for the imposition on a director of the duty of independence which does not exist as a rule of civil law mandate and which in common law stems from the general duty of good faith imposed on fiduciaries generally). Also, A. 1710 C.C., which reads, in part: Art. 1710. The mandatary is bound to exercise, in the execution of the mandate, reasonable skill and all the care of a prudent administrator ... embodies the duty of care which also serves as the legal basis for the imposition of the duty to act «bona fide» in the best interest of the corporation and the duty to act for a proper purpose. A comparative analysis of common law fiduciary duties and civil law mandatary roles of directors is beyond the scope of the present study and for the purpose of the subject treated herein, we will assume that the same legal consequences will prevail. The main difference, between the two systems of law for our purpose, is that the standard of conduct imposed by Common Law courts on directors is based on a subjective criterion. However, since the enactment of s. 122 C.B.C.A. this distinction is now obsolete. The second distinction is that from a corporation law standpoint, Québec directors are mandataries of the corporation and owe no special duty to the shareholders. It may thus be more difficult to justify adopting a defensive measure if it is not in the best interest of the corporation but is only aimed at the protection of the shareholders from coercive maneuvers in certain circumstances. The other difficulty that directors have to overcome is that their duties differ when examined from a securities law perspective, where in Canada such rules are designed to give sovereignty to the shareholders. In the event of a take-over bid defense decision, where both corporate and securities legislation contain dispositions to regulate take-over bids, the Québec director is faced with uncertainty as to what his duties entail.
190. See B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles* (Toronto: Butterworths, 1984) at 714-15.

their powers in what they consider is in the best interests of the corporation, and for a proper purpose and not for any collateral purpose<sup>191</sup>.

The proper purpose analysis is applied to the primary or substantial purpose of the directors in exercising their discretion. This entails that an improper secondary purpose will not cause to invalidate the board's decision<sup>192</sup>.

In Canada, the leading authority with respect to the application of the proper purpose doctrine is probably the case of *Bonisteel v. Collis Leather Co. Ltd.*<sup>193</sup> where the directors of Collis Leather Co. Ltd. issued authorized shares to existing shareholders for the purpose of diluting the plaintiff's equity from a majority position to a minority position.

Rose J. held that even if the share issuance was believed by the directors to be in the best interest of the company<sup>194</sup>, the evidence showed that the purpose of the defendant directors in all they did was to deprive the plaintiff of the controlling position which he had acquired<sup>195</sup>.

---

191. See *Re Smith and Fawcett, Ltd.*, [1942] Ch. 304 at 306. The proper purpose doctrine (also known as the collateral purpose rule) involves ascertaining what is a proper purpose for the exercise of a particular directorial power and whether that purpose was present in that particular case. Proof concerning these questions is difficult, since the intentions of the directors have to be examined along with the other circumstances of the case. As noted by Professor Iacobucci, the idea that every power has certain proper purposes has become much less emphasized since corporate statutes require directors to act in good faith in the best interests of the corporation (see s. 122 C.B.C.A.). Courts may thus be more likely to judge directors' conduct by the standard of «the best interests of the corporation», and thus will look more to the particular act and the particular circumstances of the case, rather than relying on preconceived judicial notions of what constitutes a proper exercise of a given power. See F. Iacobucci, «The Exercise of Directors' powers: The Battle of Afton Mines» (1973) 11 *Osgoode Hall L.J.* 353 at 365, n. 35.

192. See St-Patrick Baxter, *supra*, note 101, at 77 n. 71 citing *Harlowe's Nominees Pty. Ltd. v. Woodside (Lakes Entrance) Oil Co.* (1968), 121 C.L.R. 483 at 493.

193. (1919), 45 O.L.R. 195 (H.C.).

194. In this particular case, the general manager, who was largely credited for the company's financial success, threatened to leave his position if plaintiff acquired control of the company.

195. In *Spooner v. Spooner Oils Ltd.* [1936], 2 D.L.R. 634, [1936], 1 W.W.R. 561 (Alta. S.C.A.D.) [hereinafter cited to D.L.R.] Harver C.J.A. toned down this principle at 635-636 in stating that «...when an issue of shares by the directors for the purpose of giving control cannot be deemed to be intended to be in the best interest of the shareholders generally but on the contrary appears to be intended to accomplish some other purpose, then it constitutes a breach of trust on the part of the directors who occupy a fiduciary position in which they must act *bona fide* for the interests of the general body of shareholders. It is simply an instance of the act of the directors being at variance with this duty. *There is nothing in the authorities cited that would stand in the way of [...] giving someone control of the company if the directors honestly believed on reasonable grounds that it was for the interest of the company that this should be done.*».

In the English decision in *Hogg v. Cramphorn Ltd.*<sup>196</sup>, a company was the subject of a hostile bid for its ordinary and preferred shares. The directors responded by establishing a trust for the benefit of the company's employees and allotted shares to the trust, nominating themselves as trustees to secure a position that would enable them to purchase said shares. The trust was set up to purchase the shares with funds loaned by the company.

Buckley J. held that the directors had done so to ensure that the bidder could not achieve a majority position and that this exercise of the directors power to allot shares was for an improper purpose. Buckley J. reached this conclusion even though evidence showed that the directors had acted in good faith, believing they were serving the best interests of the company<sup>197</sup>.

(b) **Teck Corp. v. Millar**<sup>198</sup>

The facts of the *Teck* case are very unusual and at the same time very important in understanding the logic behind Mr. Justice Berger's judgment in this landmark decision on Canadian directors' fiduciary duties in a take-over situation. A careful description of said facts is thus required.

Defendant Chester Millar (Millar) was president and a director of Afton Mines Ltd. (Afton), a junior mining company. Millar became interested in some mining claims relating to a copper property, the development of which became the central issue in this case.

Said claims were acquired by a syndicate led by Millar and subsequently transferred to Afton.

---

[Emphasis added]

196. (1963), [1967] 1 Ch. 254, [1966] 3 All E.R. 420 [hereinafter *Hogg* cited to Ch.].

197. *Ibid.* at 265-266. Buckley J. stated that «The power to issue shares was a fiduciary power and if, as I think, it was exercised for an improper motive, the issue of these shares is liable to be set aside.», at 269. Buckley J. also cited approvingly *Punt v. Symons & Co. Ltd.*, [1903] 2 Ch. 506 at 516-517 where Byrne J. first made the statement that the power to issue shares was given to the directors primarily to enable them to raise capital, but then went on to say that there might be occasions when the directors might fairly and properly issue shares for other reasons.

198. (1973) 33 D.L.R. (3d) 288, [1973] 2 W.W.R. 385 (B.C.S.C.) [hereinafter *Teck* cited to D.L.R.].



Afton, lacking the financial clout to carry-on an extensive drilling program sought to interest a major mining company to provide capitals for the development of a particular property. Such development agreements between «majors» and «juniors» are frequent in the mining industry, whereby the major will generally extract a bonus involving equity interest either by way of shares in the company or by an interest in the mining property itself.

Millar decided that the best thing for Afton would be to sell some of its shares to a «major» to raise sufficient money for drilling requirements without giving up control of the company. Millar eventually approached Placer Development Ltd.'s Canadian subsidiary Canadian Exploration Ltd. (Canex). An agreement providing for the sale of shares to Canex at a price of \$3.00 per share was entered into between Afton and Canex, giving the latter a right of first refusal on any future financing.

In the meantime, plaintiff Teck Corporation Limited (Teck), another «major», had notified Millar of its interest in developing the Afton property. However, Teck did not enjoy an excellent reputation in the industry, neither did it possess Canex's record of successful ventures. Millar did not think Teck had the expertise that Canex had and chose to deal with Canex even though Teck was willing to pay 4.00 \$ per share.

Having failed to make a deal with Afton, Teck began buying shares of Afton on the market. Millar, knowing that Teck was buying more Afton shares and was coming close to obtaining control, entered into a second agreement with Canex under which Canex would be fully responsible for the exploration and development of the property. Canex would receive 30% of the outstanding shares of Afton thereby reducing Teck's participation in Afton from 50% to approximately 35%.

Teck brought a derivative action alleging inter alia that the share issuance was made for an improper purpose.

Berger J. dismissed Teck's action and refused to follow the reasoning of *Bonisteel*<sup>199</sup> and *Hogg*<sup>200</sup>. Even though the directors' agreement with Canex involved the issuance of shares that caused the dilution of Teck's equity position, the evidence showed that the primary purpose of the

---

199. See *supra*, note 193.

200. See *supra*, note 196.

directors was the development of the copper property in the best interests of Afton and not a desire to defeat the control position of Teck.

The issuance of shares to Canex was incidental and an inevitable result flowing from arrangements of such kind, especially since «majors» usually require a 50% equity participation.

The facts of the *Teck* case showed that the main issue was who should get the ultimate development contract and not who should control Afton.

Berger J. placed the burden of proof on the plaintiff to show that the directors had no reasonable grounds for believing that a take-over by Teck would cause damage to the interests of Afton and its shareholders. He thus adopted the following test:

Directors may adopt an anti-take-over measure if: (i) they act in good faith; and (ii) they decide, on reasonable grounds, that the take-over will cause substantial damage to the company's interests<sup>201</sup>.

Commenting on the *Hogg*<sup>202</sup> decision and the directors' power to issue shares, Berger J. said that «The impropriety lies in the directors' purpose. If their purpose is not to serve the company's interest, then it is an improper purpose. Impropriety depends upon proof that the directors were actuated by a collateral purpose, it does not depend upon the nature of any shareholders' rights that may be affected by the exercise of the directors' powers»<sup>203</sup>.

The *Teck* case is a clear break from the prevailing English law proper purpose doctrine and is a definite attempt to follow the U.S. Business Judgment Rule as interpreted by the Delaware Supreme Court in *Unocal* and *Moran*. The only difference is that Berger J. places the burden of proof on the plaintiff instead of on the directors. The *Teck* test is similar to the U.S. «Traditional» Business Judgment Rule that applies upon evaluating business decisions other than corporate control decisions.

---

201. See *supra*, note 198 at 315-316.

202. See *supra*, note 196.

203. *Supra*, note 198 at 312.

It has been previously noted<sup>204</sup> that in situations where a conflict of interest arises such as when directors have to respond to a take-over bid, the U.S. Courts apply the «Modified» Business Judgment Rule and the directors assume the burden of showing good faith and reasonable investigation in using their discretion to implement a take-over defense measure.

However, we must bear in mind that the facts in the *Teck* case were rather unusual<sup>205</sup>. The issuance of shares was not immediate but was to be effected after other parts of the agreement were carried out. *Teck* took control in the interim period and ousted Afton's directors. This attitude of the directors added to the presumption that they acted in good faith for the best interests of the company<sup>206</sup>.

The *Teck* case, notwithstanding the immense take-over activity of recent years, has been subject to judicial consideration in Canada in only two subsequent cases; *Re Olympia & York*<sup>207</sup> and *Exco*<sup>208</sup>. It is still unclear whether *Teck* presently represents the state of Canadian corporate law.

In *Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd.*<sup>209</sup>, the Judicial Committee of the Privy Council distinguished *Teck* on its facts, which demonstrated that the primary purpose of the Afton directors was to act in the best interests of the company. In *Howard Smith*, the Privy Council reaffirmed the proper purpose doctrine in deciding that the sole purpose of the directors was to dilute the majority to enable the minority to advantageously dispose of their shares to an offeror<sup>210</sup>.

The Privy Council thus referred to *Teck* without disapproval. Other decisions have approved Berger J.'s reasoning in *Teck*<sup>211</sup>.

---

204. See text, *supra*, section 3.3(b): The Business Judgment Rule in the context of corporate control decisions: The «Modified» Rule.

205. See Iacobucci, *supra*, note 191 at 372, n. 64.

206. *Ibid.*

207. *Re Olympia & York Enterprises and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254, 37 D.L.R. (4th) 193 (H.C.). [hereinafter *Re Olympia & York* cited to O.R.].

208. *Exco Corp. Ltd v. Nova Scotia Savings & Loan Co.* (1987), 78 N.S.R. (2d) 91, (1987) 35 B.L.R. 149 (S.C.T.D.) [hereinafter *Exco* cited to B.L.R.].

209. [1974] A.C. 821, [1974] 1 All.E.R. 1126 (P.C.) [hereinafter *Howard Smith* cited to All.E.R.].

210. *Ibid.*, at 1135.

211. See *Olson v. Phoenix Industrial Supply Ltd. et al* (1984) 9 D.L.R. (4th) 451, (1984) 26 B.L.R. 183 (Man. C.A.) [hereinafter cited to B.L.R.] where the court held that directors were entitled to issue shares if it was in the best interests of the company. The court followed *Teck* and allowed a share issuance to force a change of control insisted on by

**(c) Re Olympia & York<sup>212</sup>**

The Ontario courts increased the scope of management discretion in *Re Olympia & York* in implementing a defensive strategy to thwart a take-over attempt.

Curiously, Montgomery J.'s decision did not take into consideration the three landmark U.S. decisions rendered in 1985 and 1986 by the Delaware Supreme Court and establishing the «Modified» Business Judgment Rule as the proper judicial test to be applied in corporate control situations<sup>213</sup>.

The facts are as follows. Gulf Canada Corporation (Gulf), a subsidiary of Olympia & York Enterprises (Olympia), launched a take-over bid for Hiram Walker Resources Ltd. (Hiram Walker). The target board of directors rejected the offer and entered into a contract with Allied-Lyons PLC to sell Hiram Walker's liquor division. Hiram Walker set up a subsidiary (Fingas) with Allied-Lyons PLC to make a competing bid for the company at a higher price than that offered by Gulf. Gulf and Olympia & York applied for an interlocutory injunction arguing that the target's directors attempted to entrench themselves by manipulating corporate assets without shareholder approval.

Montgomery J. held that the board had not breached its fiduciary duties and acted in good faith on the advice of its investment bankers for the sole purpose of maximizing shareholders' value<sup>214</sup>.

The court reached this decision by only considering the chief executive officer and one director's affidavits. The court did not take into account the U.S. decisions to the effect that when the sale of company

---

company creditors as a condition of allowing further credit. The fact that the directors were also shareholders and made a decision which could benefit them personally if the shares gained value was not sufficient ground for disallowing the issuance, at 191. See also *First City Financial Corp. Ltd. v. Genstar Corp.* (1981), 33 O.R. (2d) 631 (H.C.).

212. See *supra*, note 207.

213. *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum*, *supra*, note 90; *Moran v. Household Int'l, Inc.*, *supra*, note 12 and *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, *supra*, note 44. See text, *supra*, section 3.3(b)(iii); *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings Inc.*

214. *Supra*, note 207 at 270.

assets becomes inevitable, the directors duty of auctioneers is triggered and the sole consideration is maximizing shareholders' wealth<sup>215</sup>.

The court was very interested in the procedure used by Hiram Walker to achieve the desired result. The Fingas subsidiary served as a vehicle to reduce corporate taxation by \$300 million and funnel \$2 billion of the sale of assets proceed to purchase 50 million of the 103 million common shares of Hiram Walker at a higher price than the Gulf and Olympia bid.

Montgomery J., accepting Berger J.'s reasoning in *Teck*, stated that it would have been a breach of the directors' duty to the shareholders since it had reasonable grounds to believe that the intrinsic value of the company's stock was higher than the offered price.

**(d) Exco Corp. v. Nova Scotia Savings & Loan Co.**<sup>216</sup>

Exco Corp. (Exco) made a tender offer to obtain control of Nova Scotia Savings & Loan Co. (NSS&L) and was at that time already owner of 49% of NSS&L common stock accumulated from various individuals.

In order to thwart Exco's bid, the directors of NSS&L set about finding a rival bidder more to their liking.

Considering Exco's already important equity position, finding a «white knight» to make a competing bid required diluting Exco's holdings. Halifax Developments Holdings Ltd. (HDHL) agreed to act in such manner when the directors of NSS&L issued sufficient shares to HDHL and other related parties to reduce Exco's position to approximately 34%.

Richard J. held that in so doing, NSS&L's directors actions were in breach of the directors' fiduciary duty because the shares were issued for an improper purpose<sup>217</sup>. The sole purpose of the share issuance had been to waterdown Exco's 49% participation to 34%<sup>218</sup>. This represented the exercise of a fiduciary power for an improper purpose.

---

215. See *Revlon*, *supra*, note 44. See also *Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition, Inc.*, *supra*, note 139.

216. See *supra*, note 208.

217. *Ibid.*, at 230-233.

218. *Ibid.*, at 232.

Richard J. stated that the directors power to issue shares «must be exercised in the best interests of the company and not for any collateral purpose»<sup>219</sup>.

Richard J. devised his own test to discover if corporate directors had breached their fiduciary duty which, in a refinement proposal from Berger J.'s test in *Teck*, aimed at distinguishing from the directors primarily motivated by self-interest from the directors that are motivated by the best interest of the corporation. It also attempted to balance the conflicting interests of the directors, the company, and the shareholders.

The test to be applied is thus the following: (i) «directors must be able to show that the considerations upon which the decision to issue was based are consistent only with the best interests of the company and inconsistent with any other interests; [and (ii)] this burden ought to be on the directors once a treasury share issue has been challenged»<sup>220</sup>.

Richard J. applied such a test to the facts and concluded that the directors were in breach of their fiduciary duty. He thus refined the proper purpose doctrine that was more or less set aside by Berger J. in *Teck*<sup>221</sup>.

Richard J. also commented the approach of Berger J. in *Teck*. He held that, contrary to the factual situation in *Teck*, there was no management decision at stake but only two groups of shareholders fighting it out. The directors of NSS&L in acting one-sidedly without proper business reasons to do so, breached their fiduciary duty to the company. As Richard J. stated, «in effect, Berger J. found that this was a good business decision for [Afton] and with that conclusion I agree»<sup>222</sup>.

According to Richard J. the *Teck* case should be confined to its very particular facts.

---

219. *Ibid.*, at 258.

220. *Ibid.* at 261.

221. See B. Welling, *supra*, note 190. The author, after discussing the *Teck* decision concluded that : «to summarize, there is no proper purpose doctrine», at 150.

222. *Exco*, *supra*, note 208 at 259.

**(e) Conclusion:**

The *Exco* decision has revived the proper purpose doctrine with a reinforced fiduciary duty. Richard J.'s test also draws nearer the U.S. «Modified» Business Judgment Rule by placing the burden of proof on the targets directors<sup>223</sup>.

The problem with the proper purpose doctrine, as with any other motive-minded test, is in its difficulty of application because it is almost impossible to isolate «the» primary purpose of a board of directors which is nothing less than the sum of every purpose of every directors.

Also, most corporate statutes confer to the directors' powers in broad terms without specifying the purpose of a given directorial grant<sup>224</sup>.

Berger J.'s test in *Teck* was probably more in tune with modern company law when he stated that if the purpose of the directors is not to serve the company's interests, then it is an improper purpose<sup>225</sup>.

The proper purpose doctrine, if it is to apply in modern Canadian corporate law of take-overs, should probably use a more objective criterion considering both the wording of the statutes conferring directorial powers and also the conflict of interests situation face by company directors in responding to a take-over attempt.

As one commentator mentioned<sup>226</sup>, one of the problems with Richard J.'s test in *Teck*, which requires that directors decisions should be consistent only which the best interests of the company, is that no defensive measure adopted by directors are inconsistent with self-interest since if successful, such a measure will necessarily preserve the directors' position. Sometimes a board may consider a bid to be unfair or not in the best interests of the company and either refuse the offer<sup>227</sup> or use a

---

223. See *Cheff, supra*, note 102 and *Bennett, supra*, note 108.

224. See s. 122 C.B.C.A. which reads, in part: 122. (1) [*Duty of care of directors and officers*] Every director and officer of a corporation in exercising his powers and discharging his duties shall (a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; and (b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances. (...)

225. See *Teck, supra*, note 198 at 312.

226. St-Patrick Baxter, *supra*, note 101 at 88.

227. It has been suggested that a board of directors can just say no to a bidder if the board proceeds in good faith and on reasonable grounds to come to such a conclusion that the bid is inadequate. This approach has been named the «Nancy Reagan defense» by U.S. securities lawyers because of the First Lady «just say no» anti-drug efforts.

defensive measure to thwart a hostile bid. Such a measure will necessarily be consistent with the interests of the company but also with the interests of the directors.

Under Richard J.'s test, directors will be put in the impossible situation of proving that it is not in their interest to remain as directors<sup>228</sup>.

Richard J. did recognize the conflict of interest situation that is inherent in the take-over context, by shifting the burden of proof to the target directors but did not distinguish between inside and outside directors<sup>229</sup>.

It is difficult to conclude with certainty on the fiduciary obligations of directors in the take-over context because the Canadian courts have failed to develop a consistent judicial framework and as Richard J. himself stated, this area of corporate law is in «a morass of conflicts and inconsistencies»<sup>230</sup> which future judicial consideration will hopefully clarify.

---

228. See St-Patrick Baxter, *supra*, note 101 at 88. The present writer's opinion is to the effect that Richard J.'s words cannot and should not be interpreted quite that literally. The words «only the best interest of the company» cannot be interpreted to exclude other interests such as the directors' or the shareholders'. They should be interpreted to mean that only the best interest of the company will be taken into consideration when courts will have to determine the legality of a given defensive measure. The words «inconsistent with any other interests» should be followed by the words «that are *inconsistent* with any other interests of the company.» So as to not exclude the possibility that a board's decision may also be in the best interest of other constituencies.

229. *Ibid.* at 90, where the commentator opines that Richard J.'s test fails in not recognizing the distinction between «inside» and «outside» directors. (management directors as opposed to non-management directors). According to Mr. St-Patrick Baxter, a board of directors composed of a majority of outside directors should not be subject to the same burden of proof. He however recognizes the possibility of a conflict of interest and therefore turns to the U.S. «Modified» Business Judgment Rule in the case of outside directors. In the author's opinion, the U.S. «Modified» Business Judgment Rule as developed in *Unocal*, *Moran* and *Revlon* which imposes on the directors the initial burden of proving that «(1) they had reasonable grounds for believing that the take-over bid presented a danger to corporate policy and effectiveness or would result in substantial damage to the company's interests; (2) their decision to resist the take-over bid and their defensive measures were the result of an informed business judgment based on an evaluation of all material information; and (3) the defensive measures adopted were a reasonable response to the threat posed by the take-over bid», will permit a balance to be «reached between the protection of the interests of the corporation and the presumption of good faith and due inquiry that the law affords the business judgment of disinterested directors», at 92.

230. See *Exco*, *supra*, note 208 at 256.



At this point in time it is difficult to conclude that a shareholders' rights plan is sustainable from a corporate law standpoint because the issue has never been directly presented for judicial inquiry. Also, the few Canadian decisions addressing the fiduciary duties of directors and how to dispatch them<sup>231</sup> in resisting unsolicited take-over bids failed to give us the necessary consistency to opine on the legal validity of poison pill plans.

However, we may conclude that Canadian courts are unlikely to proceed to a detailed fact-study and modify directors' business judgment once an appropriate purpose has been established. Canadian courts look at the directors decision from a broader point of view by inquiring into their principal purpose. On the other hand, U.S. courts are narrower in their examination and inquire into the reasonableness of directors' decision, taking business decisions from the boardroom to the courtroom at the same time, a judicial step that the Canadian courts are obviously and rightfully hesitant to emulate.

A possible explanation might rely on the fact that Canada's legal and regulatory securities environment which we will now examine is very different from the one actually prevailing in U.S., which, it must be concluded, is more deserving of judicial intervention.

## **B) Securities Law Regime**

In this section, we will try to analyze the prevailing securities law issues that pertain to the establishment of a shareholders' rights plan in Canada.

In the first part of this section, we will focus on the regulatory issues arising in connection with the implementation per se of a plan by a Canadian issuer.

---

231. For a list of guidelines to be followed by directors in satisfying their fiduciary obligations in resisting an unsolicited take-over bid, see St-Patrick Baxter, *supra*, note 101 at 104-114 and H.J. Knowles, «Individual Involvement in the Take-Over Process» in *Meredith Memorial Lectures* (Cowansville: Yvon Blais, 1987) 1. See also F. Iacobucci, «Planning and Implementing Defences to Take-over Bids: The Directors' Role» (1980-81) 5 *Can.Bus.L.J.* 131. For an american view see M. Lipton, «Takeover Bids in the Target's Boardroom» (1979) 35 *The Business Lawyer* 101. See also Matheson and Norberg, *supra*, note 6.

In the second part of this section we will try to establish the regulatory issues that are most likely to justify such implementation by focusing on the differences in the regulatory environments in Canada and in the U.S.

### 1. Implementation of a shareholders' rights plan: Regulatory Issues

In the U.S., the operation of poison pill plans has not received the scrutiny that they are likely to receive in Canada. The Federal Securities and Exchange Commission has been impeded in its regulation efforts by the assertion of state jurisdiction over the corporate governance aspect of corporate take-overs. However, Canadian securities regulators will not hesitate to scrutinize what may be identified as corporate law matters when certain measures are likely to affect, in an adverse way, the integrity and efficient functioning of capital markets in Canada<sup>232</sup>.

Various securities issues arise when a company's board of directors are considering the adoption of a poison pill plan such as the necessity of obtaining prior shareholders' approval, the Canadian stock exchanges' listing requirements, disclosure and prospectus requirements among others.

#### (i) Shareholders Approval

In Canada, all that is expressly required to implement a shareholders' rights plan is the authorization of the corporation's board of directors. There are no specific provision of corporate or securities law statutes or regulations that requires shareholders' approval prior to the plan's implementation.

However, the Ontario Securities Commission (OSC) has indicated that it would oppose the implementation of a rights plan if a majority of the issuer's shareholders did not approve of such a plan<sup>233</sup>. This approach

---

232. In the «Canadian Tire» dispute, the Ontario Securities Commission issued a cease trading order after deciding that the take-over bid was abusive and in conflict with public interest even though no specific regulatory provision had been violated. See *Cdn. Tire Corp. v. C.T.C. Dealer Holdings Ltd.*, (1987), 10 O.S.C. Bulletin 509.

233. See Ontario Securities Commission: Blanket Orders, Interpretation, Notes and Notices, Notice re: *Regulation of Target Company Defensive Tactics*. See also D. Westell, «OSC makes clear it wants shareholders to approve poison pills.» *The [Toronto] Globe and Mail* (9 February 1989) B14. However, in the case of Numec Oil & Gas Ltd., the poison pill plan has been put into place without a shareholder vote. Because the

is consistent with paragraph 3 of National Policy No. 38<sup>234</sup> which is to the effect that prior shareholder approval of a take-over defense measure would, in appropriate cases, allay Canadian securities administrators concerns that such measure may be abusive of shareholders' rights in specific cases<sup>235</sup>.

a) **National Policy 38**<sup>236</sup>

In 1973, the Ontario Select Committee on Company Law recommended a legislative change similar to Rule 38 of the United Kingdom City Code on Take-overs and Mergers which prohibits inter alia company directors from taking certain defensive measures in the event of a take-over attempt without the approval of a majority of the company shareholders in a general meeting<sup>237</sup>.

National Policy 38 is the result of provincial securities commissions' efforts to regulate, without prohibiting, company's defensive measures in such a way that the target companies shareholders' interests are maximized<sup>238</sup>.

National Policy 38 operates as a result-oriented policy<sup>239</sup> with an emphasis on shareholder access to the take-over bid decision<sup>240</sup>. In this sense corporate directors who act in good faith to deter a potential acquiror may very well be in breach of regulatory standard of conduct if the take-over bid is defeated and the target company shareholders lose the opportunity to make the take-over bid decision<sup>241</sup>.

---

Numec pill is to expire after six (6) months, securities regulators decided a shareholder vote was not required. See also D. McMurdy, «Firms Arm to Fend Off Predators» The [Toronto] Financial Post (12-14 August 1989) 1 at 4.

234. National Policy No. 38 - Take-over Bids: Defensive Tactics (1986) 9 O.S.C. Bulletin 4255 [hereinafter *National Policy 38*].

235. In the case of Inco Ltd's plan, the board of directors has determined that it would not proceed with the recapitalization plan without shareholders approval, even though shareholders approval is not required by law, because of the significant financial implications of such recapitalization. See *supra*, note 161 at 8.

236. See *supra*, note 234. National Policy Statements are applicable throughout Canada.

237. F. Iacobucci, *supra*, note 231 at 161.

238. S.M. Beck and R. Wildeboer, «National Policy 38 as a Regulator of Defensive Tactics» in *Meredith Memorial Lectures* (Cowansville: Yvon Blais, 1987) 119 at 120.

239. *Ibid.* at 133-34.

240. *Ibid.* at 134.

241. This view is similar to the English Courts approach in *Hogg*, *supra*, note 196 where it was held that, notwithstanding the board of directors' good faith in believing that the issuance of shares was in the best interests of the target company, the proper purpose doctrine should apply and that the fiduciary power to issue shares was not intended to be used to dilute a majority holder.

However, given the result orientation of National Policy 38, directors who adopt a defensive tactic that ends up defeating a take-over bid, would not be in breach of the policy if the purpose of the adoption was to provide the target company's shareholders with a better deal<sup>242</sup>.

Securities commissions will consider a rights plan acceptable when adopted prior to a take-over bid and when shareholder approval has been obtained. However the commissions will also examine the operation of a rights plan in the context of a particular bid to determine its conformity with the provisions of National Policy 38<sup>243</sup>. The review process will thus be very similar to the U.S. courts' approach where rights plans have usually been held valid upon adoption but very carefully scrutinized to determine the propriety of their operation<sup>244</sup>.

National Policy 38 «addresses a significant gap left by the legislative process on the one hand, and the periodic and often confusing judicial review of defensive tactics on the other»<sup>245</sup>. It reflects an attempt to ensure that shareholders have a say in the disposition of their ownership rights in a company<sup>246</sup>.

However, securities commissions should not intervene too hastily when shareholders have approved of the board's conduct. Regulators are cognizant of shareholders incapacity to properly protect them-selves through the use of the voting process and for such reasons, shareholders ratification will not automatically subdue regulatory concerns about defensive measures<sup>247</sup>.

---

242. It is to be noted that such a situation would require careful analysis. See also *Teck, supra*, note 198.

243. National Policy 38 is drafted to apply to post-bid defensive measures primarily for there is a presumption that measures undertaken during the course of a bid are destined to entrench management. Certain commentators have stated that National Policy 38 should not be read as an indication that securities regulators have no concerns about pre-bid tactics. Such measures may have consequences that, in certain circumstances, are more abusive than post-bid tactics. It is virtually certain that securities commissions will closely scrutinized poison pill plans. See Beck and Wildeboer, *supra*, note 238 at 136.

244. See *Moran, supra*, note 12. In the U.S. it has been held that a poison pill plan may be used to spur on a bidding contest or to effectively block a take-over bid. (see *Revlon, supra*, note 44 and *Dynamics Corp. of America v. C.T.S. Corp.*, *supra*, note 52).

245. Beck and Wildeboer, *supra*, note 238 at 137.

246. *Ibid.*

247. *Ibid.* at 135-136.

There is little indication as to how a securities commission would apply National Policy 38 in a given fact situation. It may be appropriate to design a rights plan to meet certain regulatory concerns which are likely to be raised. A rights plan should be tailored to ensure that the target company's shareholders receive adequate consideration for their shares instead of discriminatorily penalizing one particular shareholder who reaches a determined level of participation in the company's stock<sup>248</sup>.

Securities commissions are however provided with no effective legal remedy in the event that a defensive measure is in breach of National Policy 38. The commissions do not have the authority to require a board of directors to redeem the rights in order to allow the shareholders to have the final word in disposing of their stock<sup>249</sup>.

Even though National Policy 38 has not been a significant factor in influencing legal advice as to the appropriateness of a particular defensive measure, it would be appropriate for a company's board of director to consider the regulatory response before proceeding with a shareholders' rights plan<sup>250</sup>.

---

248. Pegasus Gold Inc. which was the second Canadian company to adopt a poison pill plan, has anticipated such a regulatory concern. Pegasus' plan differs from Inco Ltd.'s in that it contains a «permitted bid» provision which allows target shareholders at a meeting initiated by the acquiror to veto, by majority vote, the directors decision to reject the bid under certain circumstances. In the U.S., recent variations of poison pill plans include what is referred to as «Value Assurance» plans. Mayflower Group Inc. in its defense of a hostile take-over bid by Laidlaw Transportation Ltd. sought to protect shareholders from both an inadequate bid and a subsequent failure of management to raise stock price should the offer be defeated by ensuring *inter alia* that shareholders received the difference between the offer price and the market price of the company's shares during a specified period subsequent to the withdrawal of the offer.

249. It has been suggested that a securities commission could, in theory, arrive at a similar position by removing the prospectus exemption otherwise available to the target company, by refusing to issue a final receipt for a prospectus or by refusing to allow the issued securities to be traded in the Commission's province regardless of the target company's jurisdiction of incorporation. See (OSC) Notice re: Regulation of Target Company Defensive Tactics, *supra*, note 233. See also s. 71 of the *Ontario Securities Act*, R.S.O. 1980, c. 466 as amended [hereinafter the O.S.A.] and s. 52 of *Québec Securities Act*, R.S.Q., c. V-1.1 [hereinafter the Q.S.A.].

250. See *supra*, note 235.

## b) Stock Exchanges Rules

Every company that has securities listed on the Montreal Exchange (ME)<sup>251</sup> and/or the Toronto Stock Exchange (TSE)<sup>252</sup> must give immediate notice to the relevant exchange of each proposed issue of securities, with the exception of non-convertible debt securities. In both the ME<sup>253</sup> and the TSE<sup>254</sup>, the exchanges acceptances may be conditional on shareholders approval if, in their opinion, the proposed transaction may materially affect the actual control of the company and has not been negotiated at arm's length or, is of such a nature as to make shareholder approval desirable considering the interests of the company, the shareholders and the investing public.

In the case of the ME, it may, if it deems it appropriate, require that the vote of shareholders *interested* in the proposed transaction not be counted in the determination of shareholders *approval* to the proposed transaction<sup>255</sup>.

The *Southam*<sup>256</sup> and *Canada Malting*<sup>257</sup> cases both involved rapid share issuances without the approval of shareholders to non arm's length parties following rumours that the companies could be subject to takeover attempts.

In both these cases, the TSE and the OSC did not intervene to uphold the rights of shareholders under the Toronto Stock Exchange's By-Law 19.06 even though there was sufficient evidence to suggest that the share issuances acted as defensive measures for the purpose of retaining control.

- 
- 251. S. 9156A of Rule Nine of the Montreal Exchange: *Listing and Delisting of Securities*.
  - 252. S.19.06 of Part XIX of Toronto Stock Exchange General By-Law. The TSE's Filing Committee ordered Pegasus Gold Inc. to submit its rights plan to a mandatory shareholder approval. See H.D. Whyte, «Pegasus Poison Pill requires approval» The [Toronto] Financial Post (8 February 1989) 14.
  - 253. *Ibid.*, note 251, ss. 9156A(1), 9156A(2).
  - 254. *Ibid.*, note 252, ss. 19.06(1), 19.06(2).
  - 255. *Ibid.*, note 251, s. 9156A(3).
  - 256. *In the Matter of Torstar Corporation and Southam Inc.* (1986) 9 O.S.C. Bulletin 3088.
  - 257. *In the Matter of Canada Malting Co. Limited* (1986) 9 O.S.C. Bulletin 3566; *Re Canada Malting Co.; Re Molson Companies Ltd. and Ogilvie Mills Ltd.*, (1986) 33 B.L.R. 1 [hereinafter cited to B.L.R.].

i) **Southam**

Southam's major field of business activity is rooted in the information sector, most notably newspaper publishing. During the summer of 1985, the board of directors of Southam received notice from the financial advisors of the company that a take-over bid was imminent<sup>258</sup>. Southam's board feared that a break-up of the company was not in the best interest of the public and contrary to «the Southam Publishing Company philosophy»<sup>259</sup>.

Southam thus entered into an agreement with Torstar, a company also involved in newspaper publishing, where Southam would sell some of its unissued common shares to Torstar, therefore increasing Torstar's participation in Southam to 20%. Pursuant to the agreement, Torstar then acquired an additional 5% on the open market. A ten year standstill agreement was entered into in which Torstar agreed to vote its shares in favour the directors that were nominated by the Southam family.

The issuance of shares was done without shareholder approval, in breach of the Toronto Stock Exchange By-Law 19.06. However, the TSE considered the transaction to be a private placement that did not require shareholders approval unless more than 25% of a corporation's equity was involved<sup>260</sup>.

The OSC did not overturn the TSE's approval of the transaction because sanctions such as delisting, cease-trade orders or retroactive shareholders' approval would unfairly prejudice innocent shareholders who invested in Southam and/or Torstar during the period between the date of issuance of the Southam shares and the date of the administrative hearing.

The OSC however sanctioned both companies directors by preventing them from dealing in the Ontario capital market for six months<sup>261</sup>.

---

258. *Supra*, note 256 at 3095.

259. *Ibid.* at 3103-3105.

260. Toronto Stock Exchange Company Manual (1986), s. 620.

261. See *Certain Named Directors of Torstar Corporation and Southam Inc.* (1986) 9 O.S.C. Bulletin 3031.

## ii) **Canada Malting**

Following rumours of a take-over attempt on Canada Malting Co. Limited, the board of directors authorized, without shareholders approval, a private placement share issuance to the company's two largest shareholders; Molson's Breweries and Labatt's Breweries allowing them to raise their stake in Canada Malting Co. Limited from 28.3% to 39.7%.

The TSE accepted the notice of the share issuance without shareholder approval because it considered that the Canada Malting Co. Limited issuance of shares did not materially affect control of the company even though two large shareholders had increased their ownership by more than 11%.

The OSC accepted that the transaction was non arm's length because both shareholders already controlled Canada Malting Co. Limited. The OSC decided that even though the control position was consolidated «there was no material change in their relationship to Canada Malting»<sup>262</sup>.

The TSE's position in both cases is irreconcilable with the wording of its own policies and such position stands to deny shareholders of the opportunity to obtain a control premium<sup>263</sup>. The TSE failed to avail itself of rules specifically designed to permit the shareholders to decide whether managerial entrenchment affects their right to make the investment decision of receiving a premium for their shares in the event of a take-over that harms their personal interests<sup>264</sup>.

## c) **Securities Commissions Policies**<sup>265</sup>

The Québec Securities Commission Policy Statement No. Q-17 and Ontario Securities Commission Policy No. 1.3 require that a company, that is a reporting issuer, obtains the approval of minority shareholders in order to create and issue a class of equity shares (i.e. shares that carry the right to participate to an unlimited degree in earnings of the company and

---

262. *Supra*, note 257 at 17.

263. L. Grafstein, «Whose Company Is It, Anyway? : Recent Developments in Canadian Takeover Law» (1988) 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 522 at 540.

264. *Ibid.* at 536.

265. Although securities commissions policy statements do not have the force of law and are not intended to have such effect, we will nonetheless discuss them in the present text since securities commissions usually expect issuers to comply to such policies. (See s. 2 of Policy No. 1.1 - O.S.C. Policy Statements - General).



in its assets upon liquidation or winding-up) which do not carry a voting right at least equal to the right to vote attached to the shares for any other class<sup>266</sup>.

Shareholders' rights plans that have such features as a voting rights plan<sup>267</sup> involve the use or creation of restricted shares as above-defined.

## ii) Prospectus Requirements

Under both Ontario<sup>268</sup> and Québec<sup>269</sup> securities laws, a prospectus has to be prepared by a company that intends to make a distribution of securities<sup>270</sup>. In both provinces, exemptions from prospectus requirements are available to a company which issues subscription<sup>271</sup>, conversion or exchange<sup>272</sup> rights relating to the company's securities to its securities holders. The securities issuance, upon the exercise of said rights, is also exempted from prospectus requirements<sup>273</sup>.

However, such prospectus exemption is circumscribed by Uniform Act Policy No. 2.05<sup>274</sup> and OSC Policy No. 6.2<sup>275</sup>. Such a limitation is also evident under the Québec regulatory scheme<sup>276</sup>.

The limitation comes from the obligation of the issuing company, in the event of a «rights offering», to prepare an offering notice containing

---

266. Québec Securities Commission Policy Statement, August 26, 1986, no. Q-17: *Restricted Shares*, s. 1.

267. See text, *supra*, section 2.2(e): Voting Rights Plan. See also ME Policy I-10, *infra*, note 289.

268. S.52(2) O.S.A.

269. S.11 Q.S.A.

270. SS. 1(1)(11), 1(1)(42) O.S.A., s. 5 Q.S.A. for definitions.

271. S. 71(1)(h)(i) O.S.A., s. 52(1) Q.S.A.

272. S. 71(1)(h)(ii) O.S.A., s. 52(1) Q.S.A.

273. S. 71(1)(f)(iii) O.S.A., ss. 52(1), 52(4) Q.S.A.

274. Uniform Act Policy No. 2-05: *Applications under sections 34(1)14 and 71(1)(h) of the Securities Act by a company wishing to sell additional securities to its security holders*. The wording of the policy text however leads to the conclusion that the rights offering exemption is intended to be available to traditional rights offering established for financing purposes. (See e.g., s.4 which requires *inter alia* that a brief statement of the purposes for which the additional funds are required.

275. Ontario Securities Commission Policy No. 6.2: *Rights offering*. (Addendum to Uniform Act Policy No. 2-05, *Ibid.*).

276. See s.53 Q.S.A. See also ss.107, 108, 112, 113 and 114 of the *Regulation Respecting Securities* (Québec) [c. V-1.1 r. 1] [hereinafter *Québec Regulation*]. S. 108(4)b) of the *Québec Regulation* requires information concerning the proposed use of the funds obtained to be included in the offering notice required by s.53 Q.S.A. The comments concerning Uniform Act Policy No. 2-05 apply also here. See *supra*, note 274.

current and sufficient information concerning business affairs of the company. Said notice must be made available to the persons contemplated by the distribution so that securities holders are adequately informed of the terms and conditions of the offer before the company accepts any undertaking on their part<sup>277</sup>.

Considering these regulatory dispositions, it remains to be ascertained whether prospectus exemption dispositions are intended to apply in the event of a distribution of rights pursuant to a shareholders' rights plan. Under the OSA, it may be easier to interpret these dispositions to apply in such a case for, under Ontario law, a prospectus is required only when there is a «distribution» of securities which is premised upon the existence of a «trade» which in turn is premised upon a disposition of a security for «valuable consideration»<sup>278</sup>. Since no valuable consideration is paid upon the issuance of rights in a traditional offering but only upon exercise of said rights, we may thus argue in favor of the application of the prospectus exemption dispositions to the initial distribution of rights pursuant to a shareholders' rights plan<sup>279</sup>.

Upon the exercise of the rights, prospectus exemption for the issuance of shares is evidenced by dispositions in both Ontario and Québec legislations<sup>280</sup>.

---

277. These limitations to prospectus exemption would evidently not apply in the event of a stock-dividend distribution plan such as a convertible preferred stock feature in a shareholders' rights plan. The issuance of convertible securities under such a plan would benefit from prospectus exemption since such a «rights offering» would not be established for financing purposes. See s. 71(1)(f)(i) O.S.A., ss. 52(2) and 53 Q.S.A.

278. See ss. 1(1)(11), 1(1)(42) O.S.A.

279. The initial distribution of rights will thus not be considered as a «distribution» of securities within the meaning of the O.S.A. and most Canadian securities legislations which are tailored on the Ontario legislation. Henceforth, the OSC's position is to the effect that a rights offering pursuant to a shareholders' rights plan will ordinarily be prospectus exempted without any necessity for the issuer to apply for an exempting order so long as shareholders' approval of the plan is obtained. In Québec, the initial distribution of rights, notwithstanding the absence of «consideration», will however be considered a «distribution» of securities within the meaning of the Q.S.A. and an application to the Québec regulator for an exempting order is advisable. The Nova Scotia Registrar of Securities has also rejected the OSC position notwithstanding the definition of «distribution» pursuant to the Nova Scotia Securities Act which is identical to that of the O.S.A. and considers the implementation of a shareholders' rights plan to effect a «distribution» of securities. See C.S. Reagh, «Nova Scotia: Poison Pills» The Canadian Senior Executives' Legal Alert, Vol. 8, No. 10, at 114 (January 1990).

280. *Supra*, note 273.

In the event of a shareholders' rights plan that contains a Flip-over feature permitting rightsholders to acquire shares of an unrelated company at a discount, it seems doubtful that a prospectus exemption would be available upon the issuance of shares by the unrelated company.

Considering the wide residual jurisdiction of securities commissions to intervene when rights are issued improperly, some uncertainty remains as to prospectus exemption at this time<sup>281</sup>.

### (iii) Disclosure Requirements

It is a cornerstone principle of securities regulation that all persons investing in securities have equal access to information that may affect their investment decisions<sup>282</sup>. Therefore, a material change report should be prepared and a press release distributed disclosing the substance of the change when a shareholders' rights plan is adopted<sup>283</sup>. This should be done even though studies have showed that a rights plan is not likely to have a significant influence on the value or market price of the securities of the rights issuer<sup>284</sup>.

For companies whose securities are listed on the ME and/or the TSE, prompt notice of each proposed material change in the business or affairs shall be given to the proper exchange<sup>285</sup>.

Companies will also give prompt notice to the proper exchange of any action with respect to dividends or allotment of rights for subscription to shares or other securities<sup>286</sup>. For companies listed on the TSE, such notice shall also be given to the shareholders<sup>287</sup>.

---

281. In the Inco Ltd. situation, the OSC did not consider that the original distribution of the rights required a prospectus to be prepared. However, Inco Ltd. undertook to file a prospectus upon the exercise of the rights agreeing that the exemption provided for in s. 71(1)(f)(iii) O.S.A. would not apply, though no order for the removal of the exemption set forth in s. 71(1)(f)(iii) O.S.A. has been issued. It would be proper to consider that a prospectus will be required upon the rights becoming exercisable. See J.E.A. Turner, *supra*, note 9 at 30-32.

282. National Policy No. 40: Timely disclosure [hereinafter National Policy 40].

283. See ss. 74(1) O.S.A., 73 Q.S.A. See also *Ibid.*, National Policy 40 which establishes a non limitative list of developments to be disclosed including, *inter alia*, changes in an issuer's issued capital, stock splits, changes in share ownership that may affect control of the issuer, changes in capital structure.

284. See Study by the Office of the Chief Economist, *supra*, note 17.

285. *Supra*, note 251, s. 9153 ME, *supra*, note 252, s. 19.09 TSE.

286. *Ibid.*, ss. 9162, 9163 ME, s. 19.15 TSE.

287. *Ibid.*, s. 19.15 TSE.

**(iv) Listing Requirements**

The majority of shareholders' rights plan allow for the issuance of rights which initially trade with the issuer's common stock. The rights will normally be listed on the proper exchange, as will the underlying securities<sup>288</sup>.

Since typical rights plans provide that rights issued thereupon usually have a term of ten years, they resemble warranty or option securities. These securities are generally exercisable over a longer period than is normally associated with rights, therefore it may be advisable to refer to the stock exchange provisions concerning warrants<sup>289</sup>.

**(v) The Discounted Shares**

Some shareholders' rights plan allow rightsholders to purchase shares of the issuer (Flip-in) or of an unrelated company (Flip-over) at a discount. Both the ME and the TSE have adopted policies concerning maximum discounts in certain circumstances<sup>290</sup> that cannot exceed 10% - 25% depending on the market price of the issuer's securities at the time of the granting of the options.

The policy statements are applicable to stock options, stock purchase plans or share issuances which are used as incentives or compensation mechanisms for persons who provide services for listed companies as employees or otherwise<sup>291</sup>. The policy statements are not directed at options granted for the purpose of a distribution of securities either publicly or otherwise<sup>292</sup>.

---

288. See ss. 9163, 9164 ME, s. 19.15 TSE. See also ss. 638-653 Toronto Stock Exchange Company Manual (1986).

289. See Rule 9 ME, *Ibid.* ss. 654-668. ME Policy I-10: *Take-Over Bid Protective Provisions For Restricted Shares* provides *inter alia* that the exchange will not accept for listing classes of restricted shares that do not have take-over bid protection provisions («coattails») to ensure that the holders of restricted shares are not prevented from participating in a take-over bid on an equal footing with the common shareholders.

290. See ME Policy I-1: *Employee Stock Options, Stock Purchase Plan And Options For Services* and *TSE Policy Respecting Employee Stock Option And Stock Purchase Plans, Options For Services And Related Matters*.

291. *Ibid.*, s.1 ME, s.1 TSE.

292. *Ibid.*

However, the policies state that the proper exchange may, in certain circumstances, consider it appropriate to apply the rules set out therein to other types of transactions<sup>293</sup>.

#### (vi) **Issuer Bid Requirements**

In some shareholders' rights plans such as note purchase plans and convertible preferred stock plans with special redemption features, the rightsholder is entitled to tender his stock to the issuer for a determined consideration. The issuer, by acquiring securities issued by it, thus proceeds by way of an issuer bid.

Both the OSA and the QSA provisions concerning issuer bids receive application upon the exercise of the rights<sup>294</sup>. If the number of securities deposited in response to the issuer bid is greater than the number that the issuer is willing to acquire, he shall reduce the number of securities deposited by each holder in proportion with the number of securities deposited by each security holder<sup>295</sup> (Pro rata take-up) unless an exemption is available<sup>296</sup>.

### 2. **Justifying the implementation of a shareholders' rights plan: Regulatory Issues**

The creation of shareholders' rights plans was prompted by a significantly different regulatory environment than the actual legislative scheme prevailing in Canada where coercive take-over bids are not permitted. Maneuvers such as two-tier front-end acquisitions and greenmail are common in the U.S. but specifically regulated against in Canada. The poison pill was also designed to give management a sufficient time-frame to negotiate an acceptable deal for the shareholders thus avoiding unfair tactics such as a street sweep<sup>297</sup>.

Canadian statutory rules regulating take-over bids form a comprehensive code. All purchases made by an offeror must proceed by way of the procedures stipulated in the relevant securities statute unless the

---

293. *Ibid.*, see also Québec Securities Commission Policy Statement, (October 30, 1986), No. Q-3: Options, s. 1.

294. S. 88(1) O.S.A., s. 147.19 Q.S.A.

295. S. 94(7) O.S.A., s. 147.2, 147.20 Q.S.A.

296. S. 92(3) O.S.A., s. 147.21 Q.S.A.

297. See *supra*, note 8.

transaction may be brought within the extent of an exemption from the rules<sup>298</sup>.

The rules are intended to protect investors, while balancing the goals of maintaining confidence and neutrality between the offerors, the offeree company management and competing offerors.

They are designed to give the offeree shareholders sufficient time to digest the notice of the bid and their directors response to it; seek advice, and respond to the offer, thereby mitigating the pressure created by the offer of a premium price and the limited time frame in which to consider the offer.

The rules also counterbalance the offeror's informational advantage by requiring the disclosure of all relevant facts known to the offeror, as well as the offeror's intentions concerning the target company if should the offer succeed.

In effect, the rules require that all shareholders have an equal opportunity to participate when a take-over bid is made. It is thus obvious that the regulatory environment of the U.S. which prompted the creation of the poison pill is quite unregulated in comparison to Canada where the rules are designed to protect against most of the coercive situations which may occur in the U.S.<sup>299</sup> In 1965, the Kimber Committee stated that the primary objective of the [Canadian] take-over bid laws should be the protection of the bona fide interests of the shareholders of the offeree company<sup>300</sup>.

---

298. One of the exemptions provided by s. 119 Q.S.A. is for offers made through the facilities of a recognized stock exchange. Equivalent exemptions exist in other provinces' rules.

299. See for examples s. 141 Q.S.A. restricting market acquisitions during the course of a bid; s. 142.1 Q.S.A. integrating pre-bid purchases made within 90 days prior to a formal offer by requiring that the subsequent offer be made at a consideration at least equal to the consideration paid in connection with the pre-bid purchase; s. 144 Q.S.A. prohibiting post-bid acquisitions for 20 days following the expiration of the bid; s. 145 Q.S.A. requiring that identical consideration be paid to all shareholders in connection with a bid and prohibiting private agreements that would create disparity among shareholders; s. 147.4 Q.S.A. prohibiting the offeror from acquiring securities for a period of 21 days following the date of the bid; ss. 147.19, 147.23 Q.S.A. prohibiting private purchases by a corporation of its own shares. See also *Québec Regulation* ss. 183ff. regulating going private transactions by providing that a valuation of the offeree issuer must be made unless an exemption is obtained from the Commission.

300. Report of the Attorney General's Committee on Securities Legislation in Ontario, para. 3.10 (1965). See also National Policy 38, *supra*, note 234.

If an offer is made to all security holders through a stock exchange recognized by the securities commissions it will be exempted from the procedural steps stipulated in securities statute. However, the offer will have to comply with the stock exchanges rules<sup>301</sup>. These rules and regulations arose as a result of a number of apparent abuses of the exemption which permits an offeror to make an «exempt offer» through the facilities of a stock exchange. If the stock exchange rules are not complied with, the offer will not be considered to be exempted.

On September 1, 1989, Canadian stock exchanges have implemented new rules designed to ensure that shareholders receive full or fair value for their stock in the event of a take-over bid<sup>302</sup>. Under the new stock exchange rules, the holder of 20% or more of the outstanding shares of a listed company is limited to acquire 5% of additional outstanding shares in a twelve months period. The previous rules allowed the purchase of an additional 5% in 90 days<sup>303</sup>.

These amendments to the stock exchange rules impose obligations on the offeror who proceeds with a stock exchange take-over bid that may prove to be equally (if not more stringent) than the statutory procedure<sup>304</sup>. The offeror must file a notice of a stock exchange take-over bid with the proper exchange and with the proper securities commission(s) after acceptance by the exchange that contains material information about the

---

301. See *supra*, note 298. See also ME Policy I-12: *Stock Exchange Take-Over Bids and Issuer Bids*; Montreal Exchange Rule Twelve: *Stock Exchange Take-Over Bids and Issuer Bids* [hereinafter R12]. See also ME Policy I-10, *supra*, note 289.

302. See D. Slocum, «Crackdown on creeping take-overs» The [Toronto] Globe and Mail (6 September 1989) B1.

303. *Supra*, note 301. R12 of the Montreal Exchange has been revised as at September 1, 1989 to reflect provincial securities regulators concern that an investor could gradually accumulate shares in a target company in the open market without making an offer to all shareholders and thus avoid the take-over bid premium. S.12001(1)q) of R12 defines a stock exchange take-over bid as a take-over bid made through the facilities of the exchange *other than a normal course purchase*. The latter is also defined at s. 12001(1)r) as a «take-over bid» and therefore applies to outstanding purchasers that hold or would hold after the purchases at least 20% of the outstanding shares (10% if in the case of a company incorporated under the *Canada Business Corporations Act*). Until September 1, 1989, an exempted *normal course purchase* was defined as a purchase of such a number of a class of securities that, together with all other purchases in the preceding 90 days, constituted no more than 5% of the securities outstanding. As at September 1, 1989, the time frame was extended from 90 days to twelve months.

304. See *Ibid.*, ss. 12002(8), 12002(9) providing that the offeror must provide the shareholders of the target company with information on the terms of the offer by the filing of a notice with the exchange to be sent to each registered holder of the class of securities that is the subject of the bid in Canada. The offeror must also offer the same conditions to all holders of securities of that class and is prohibited from making any agreement that would have the effect of creating disparity among shareholders.

take-over bid that will help the shareholders in their decision-making process<sup>305</sup>. Also, all Canadian stock exchanges have established an uniform twenty-one days minimum period for all take-over bids to provide more time for a competing offer to be put forward<sup>306</sup>.

Considering these regulatory rules, the question that arises at this time concerns the effective need for a defensive measure such as a shareholders' rights plan in Canada. Coercive and unfair take-over tactics such as evidenced in the U.S. market place are evidently regulated against here.

However, from a target company perspective, there are plausible reasons for implementing a shareholders' rights plan. It will not only discourage hostile bids but it will also provide the board of directors of the target company with more time to react by forcing the bidder to negotiate an acceptable deal for all shareholders<sup>307</sup>. The general argument in favor of shareholders' rights plans is that current securities laws give the offeror an advantage because a company board can seldom respond to an offer rapidly because the laws do not allow directors sufficient time

---

305. See *Ibid.*, s. 12003 which requires, *inter alia*, information regarding plans of the offeror to liquidate the target, to sell, lease or exchange all or substantially all of the target's assets or to make any major change in the business, operations or corporate structure of the target. See also s. 12003(o) which requires information regarding the financial resources of the offeror including the source of funds to be used to pay for securities tendered to the bid and the terms of any financing obtained.

306. See *Ibid.*, s. 12005 providing that the book for receipt of tenders may not be opened until the morning of the twenty-first clear trading day after acceptance of the notice. The former time period was eleven trading days.

307. In the 1988 Nova Corp. (Nova) take-over attempt of Polysar Energy & Chemical Corp., (Polysar), Polysar's shareholders ended up receiving a premium of 200% over market value due to a by-law provision that, although not a poison pill, operated just like one by restricting voting ownership in Polysar to 25%. Formerly Canada Development Corp., a Federal government-controlled company, Polysar's by-laws included an old government provision giving the Polysar board the power to remove the voting rights and dividends entitlements of any person who tried to purchase 25% or more of Polysar. Through a tender offer of \$14 per share, Nova increased its holding in Polysar to a maximum of 25%. The 25% rule permitted the Polysar board to orchestrate a \$10 per share dividend to force Nova to increase its bid for the rest of Polysar stock. The Polysar board circumvented the 25% rule by selling the company's assets to Nova earning shareholders \$14.50 in cash plus half a Nova share for each share of Polysar for a total value of about \$21. Considering the \$10 per share dividend, Polysar's shareholders received \$31 per share, a 200% premium from the \$ 14 per share initial offer. See T. Corcoran, «Poison Pills can raise shareholders' values» The [Toronto] Financial Post (19 October 1988) 13. See also J. Daly, «The Final Victory, Falconbridge may prove to be too expensive» Maclean's (2 October 1989) 40-41, where Falconbridge's poison pill plan partly contributed to increase shareholders' value by forcing Noranda to increase its bid from \$23 to \$37 per share in a year.



to deal with take-over offers or with the arrival of an unfriendly suitor in order to get a better deal for the shareholders<sup>308</sup>.

Another argument in favor of shareholders' rights plans is the protection of a Canadian issuer which may be subject to U.S. style abuses when a large volume of trading of its shares occur on the U.S. stock exchanges. Since Canadian regulators have no direct authority to regulate take-over activities occurring in the U.S., a Canadian issuer cannot be assured that Canadian regulators will impose Canadian standards on transactions occurring outside of the country and a U.S. defense mechanism may be then a justified solution. Indeed, effective control can be acquired from institutional shareholders or arbitrageurs in a matter of hours<sup>309</sup>. «Because of subsequent rule changes, a Canadian offeror would now be unable to carry out a U.S. street sweep for a Canadian company»<sup>310</sup>. A non-Canadian offeror would likely be exempt from Canadian regulators intervention for jurisdictional reasons<sup>311</sup>.

Other arguments in favor of supporting the shareholders' rights plans utility in Canada exist. For example, a private purchase from not more than five holders by way of a block purchase at less than a 15% premium above market price would not trigger the take-over bid provisions<sup>312</sup>. Also, most provincial legislation allow purchases of up to 5% of a company's shares in any 12 months period without any restriction on the accumulated total<sup>313</sup>. A widely held company could gradually become a controlled company<sup>314</sup>.

---

308. In the case of the Inco Ltd. plan, both Canadian and U.S. shareholders need protection. At the time of the implementation of the Inco Ltd. plan, the time period of a take-over bid during which a competing offer could be put forward was eleven days. The Inco Ltd. board felt that this time frame may be insufficient and leave U.S. shareholders in the cold. The time period has since September 1, 1989 been increased to twenty-one days. See *supra*, note 306. See also *Inco Material Change report*, *supra*, note 161 at 3.

309. In 1979, Edper Equities Ltd. raised its interest in Brascan Ltd. to 33% from 5% in two days through purchases on the American Stock Exchange.

310. See Coleman, *supra*, note 8 at 4. See also s. 113 Q.S.A. stating that a take-over bid will be subject to the Part IV of the *Québec Securities Act* if the offeror intends to acquire securities from at least one security holder having a connection with Québec by his address, his residence or by his presence in the territory at any time during the bid.

311. Coleman, *Ibid.*

312. See s. 123 Q.S.A.

313. See s. 120 Q.S.A. See also *supra*, note 303.

314. See T. Corcoran, «Should Canadian Pacific take a poison pill» The [Toronto] Globe and Mail (2 August 1989) B2.

In Canada, nearly all publicly-held companies have majority shareholders and so do not need to formulate defensive measures at all. However, because of regulatory «gaps» between the U.S. and the Canadian legislation, a rights plan may be an adequate remedy to ensure that American and Canadian shareholders receive a fair value for their stock. Indeed, when a lot of shareholders are American and the company trades in the U.S., shares can be gathered quickly. At the same time, a slow stockpiling of shares in Canada is possible.

### **5. Concluding Thoughts: The Inco Pill**

As the foregoing discussion has attempted to indicate, while there may exist solid reasons for a Canadian corporation to implement a shareholders' rights plan or poison pill, one has to bear in mind that the Canadian legal and regulatory environment differs significantly from that of the U.S. where the poison pill was originally conceived.

A board of directors would act recklessly if it were to import into Canada take-over bid defensive measures such as the shareholders' rights plan without careful and detailed scrutiny of the U.S. practices.

While shareholders' rights plans and related restructuring are common in the U.S., they are a relatively new phenomenon in corporate Canada. Much of the Canadian financial and legal community took notice when Inco Ltd. («Inco»), a widely held Canadian nickel producer, announced its adoption of a shareholders' rights plan on October 3, 1988 becoming the first Canadian corporation to adopt a poison pill defensive measure.

The Caisse de Dépôt et Placement, a major shareholder of Inco, has filed suit in Québec Superior Court seeking to have Inco's plan ruled illegal. The fundamental issue being whether or not an issuing company may, from a corporate law standpoint, discriminate against a shareholder who reaches a certain level of ownership in the common stock of the company by diluting his position and thus making a take-over prohibitively expensive. The lawsuit also argues that the rights plan transfers the right of the shareholders to evaluate the tender offer to the board of directors.

Inco announced its plan on October 3, 1988 after the company substantially increased its current cash generation and earning capabilities after achieving an improved competitive position within the nickel industry which benefited from a fundamental improvement in 1988.

However, while the price of Inco common shares had risen during 1988, the board of directors felt the stock was undervalued and did not adequately reflect the quality of the company's assets and improved position in the nickel industry therefore making Inco a likely take-over target.

The board of directors of Inco decided to proceed to a recapitalization plan to reduce this value gap by providing an immediate cash return to the shareholders while also maintaining financial flexibility.

The Inco board decided to recapitalize and pay its shareholders a (U.S.) \$10 dividend per share but feared that such a substantial dividend would promote heavy trading of Inco stock with many investors selling out to avoid the tax consequences of the dividend payment. Such intense trading would provide an ideal opportunity for a U.S. acquiror to proceed to a street sweep on the U.S. stock exchanges leaving Canadian shareholders in a minority position.

The Inco board also feared it could not adequately protect its U.S. shareholders because a Canadian acquiror could proceed to a tender offer on a Canadian exchange and exclude all non-Canadians from the offer considering the relatively brief time frame allowed for a tender offer under Canadian securities laws. U.S. shareholders could be excluded from participating in a tender offer that would have considerable value.

Therefore, to protect its recapitalization and its broad-based shareholder pool, Inco's board of directors adopted a shareholders' rights plan.

The rights were issued pursuant to a Rights Agreement between Inco and a trust company acting as rights agent. The shareholders' rights plan is fairly conventional. The rights contain both a «Flip-in» and «Flip-over» feature, which allow shares of Inco or of another person to be purchased at a discount in certain circumstances and which account for the rights dilutive effect.

The Flip-in feature operates in the event that a defined «Acquiring Person» acquires over 20% of the issued and outstanding common shares of Inco. Shareholders, other than the Acquiring Person, will be entitled to receive at the then current exercise price of the rights that number of common shares having an aggregate market price on the stock acquisition date equal to twice the exercise price. The rights will thus allow common shares of Inco to be purchased at a 50% discount.

The Flip-over feature operates in the event of (i) a transaction in which Inco consolidates with, amalgamates with or enters into an arrangement with any other person and in connection therewith, all or part of the outstanding common shares are changed in any way or converted into or exchanged for shares or other securities or cash or any other property or (ii) a transaction or series of transactions in which, directly or indirectly, Inco or one or more of its subsidiaries sells or otherwise transfers assets aggregating more than 50% of the assets or generating more than 50% of the operating income or cash flow of Inco and its subsidiaries to any other person (other than Inco or one or more of its wholly-owned subsidiaries).

If such events occur, the rights plan states that provision shall be made so that each holder of a right again has the right to receive, upon the exercise thereof at the then current exercise price of the right, that number of shares of common stock of the person engaging in the Flip-over transaction or event having an aggregate market price on the date of consummation of such transaction or event equal to twice the exercise price. Inco shareholders are thus allowed to purchase shares of the other person at a 50% discount.

Inco's board of directors is given the option at any time prior to the occurrence of a Flip-in event to elect to terminate the rights. Such termination option exists in order to permit the board to negotiate with a potential acquiror before a Flip-in event occurs and to terminate the rights if the board determines that a fair price will be paid to all shareholders.

Inco's board of directors is also given the option after a Flip-in event has occurred, if it determines that conditions exist which would eliminate or otherwise materially diminish the benefits intended to be afforded to the holders of rights, to issue or deliver in return for the exercise price, either debt or equity securities or other assets having a value equal to twice the exercise price or without charge, debt or equity securities or other assets having a value equal to the exercise price.

Before adopting its shareholders' rights plan, Inco's board of directors decided to consult the OSC to obtain the regulatory agency's approval. Shareholders approval was the OSC's main concern and consequently Inco proposed to put its recapitalization plan to a shareholder vote and pledged to dismantle the pill if shareholders voted against the plan.

The OSC did not address the merits of Inco's rights plan. It did put the board of directors of Inco on notice that it would be examining management's actions closely and would intervene after the pill was implemented if it deemed it necessary in circumstances where the plan would be utilized to the detriment of Inco's shareholders or in an otherwise abusive manner<sup>315</sup>.

The most important aspect of the Canadian regulatory environment is thus the apparent requirement of shareholders approval for implementing a rights plan.

However, it is difficult to take a conclusive learning from the Inco situation in anticipation of the Québec Superior Court decision on the legality of the plan. In Canada, corporate law issues, particularly regarding discrimination inherent in any rights plan may be resolved differently than in the U.S. where despite the inherent discrimination, courts upheld rights plans similar to Inco's saying such would provide directors with a shield to fend off coercive offers and with a gavel to run an auction<sup>316</sup>.

A Canadian court, when asked to decide on the legality of a shareholders' rights plan will be asked to critically examine other important issues such as valuation evidence to determine whether or not a rights plan was deployed in the best interests of the shareholders. Since courts have limited expertise in matters that relate to business judgment and valuation, it can be affirmed with relative certainty that courts should refrain from intervening when shareholders approval of the plan has been obtained considering the matter relates to an economics issue rather than a corporate governance one<sup>317</sup>. Shareholders' approval should inevitably influence the court in finding against an allegation of oppression. A court

---

315. In contrast, Vancouver based Pegasus Gold Inc. adopted a shareholders' rights plan on December 1, 1988 without offering to put the plan to shareholders or obtaining prior approval of its provincial securities commission in British Columbia. The Toronto Stock Exchange, where Pegasus' stock is traded did intervene however and ordered Pegasus' board of directors to submit the rights plan to a shareholder vote at its following annual meeting. See *supra*, note 248. Pegasus Gold Inc.'s plan differs from Inco's in that it contains a special «permitted bid» provision granting shareholders greater rights and less discretion to the board in the face of a take-over bid. Therefore, the plan attempts to comply with the concept of shareholder approval required by the Ontario Securities Commission for the Inco plan by including a provision under which certain bids would be put to a shareholder vote before the rights are exercised.

316. See *C.R.T.F. Corp. v. Federated Dep't Stores*, *supra*, note 13.

317. See *supra*, note 3 at 22 «It seems clear that takeover battles should be decided on the basis of economics, not legalism. Put another way, shareholders surely know their own interests better than any judge can».

may however hold that while the creation of a rights plan is not oppressive, the operation of the plan, in particular circumstances may affect shareholders' rights in an oppressive manner<sup>318</sup>.

A Canadian court should also intervene if it has any doubts about the use of a rights plan and force the redemption of the rights in order to insure that the final question of whether the company should be sold be left in the sole hands of the owners of said company<sup>319</sup>.

Considering the inherent risk that the integrity of the company's board of directors decision-making process may be compromised by motives of self-entrenchment in the adoption and/or the operation of the rights plan, a heightened standard of review is thus suggested.

Shareholder wealth maximization, which should be the ultimate justification for a shareholders' rights plan is likely to be incorporated in the courts standard of review.

In Canada, there is relatively less take-over litigation than in the U.S. While different in details, both countries regulatory systems, reflecting the uniform character of the take-over bid as a legal institution, are necessarily analogous. It is thus to our advantage that we can benefit from the massive quantity of thoroughly analyzed U.S. cases.

Will the Canadian courts defer to actions taken by securities regulators having regard to their statutory mandate and their expertise in the matter or will they address the issue head on and turn the poison pill into a placebo?

It is to be hoped that a clear judicial framework will be developed in Canada in the area of take-over defences and will delineate reasonable

---

318. Under s.241 of the C.B.C.A., a complainant may apply to a court for an order varying or setting aside a transaction or contract to which a corporation is a party if, *inter alia*, any act of the corporation or the powers of the directors of the corporation have been exercised in a manner that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder. See *Re Sabex Internationale Ltée*, (1979) 6 B.L.R. 65 (Qué. S.C.) where Gonthier J. held a right offering dilutive effects to be oppressive to minority shareholders' rights.

319. It is to be noted that no U.S. company with a poison pill plan has ever allowed the rights to be exercised. Poison pill plans have always been used as a means to negotiate with an acquiror.

and clear boundaries of legitimate activity and determine the available recourses when such limits are transgressed.

Hopefully the Québec Superior Court's decision in the Inco case will provide the Canadian legal community with these much awaited guidelines.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE PROCESSUS DISCIPLINAIRE, LES OBLIGATIONS DU CODE DE DÉONTOLOGIE ET LA PROTECTION DU PUBLIC À LA CORPORATION DES MÉDECINS DU QUÉBEC

**Auteur(s) :** Denise MARTIN

**Revue :** *RDUS*, 1990-1991, volume 21, numéro 1

**Pages :** **219-263**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13436>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13436>



*Page vide laissée intentionnellement.*

# **LE PROCESSUS DISCIPLINAIRE, LES OBLIGATIONS DU CODE DE DEONTOLOGIE ET LA PROTECTION DU PUBLIC A LA CORPORATION DES MEDECINS DU QUEBEC**

par Denise MARTIN\*

Cet article décrit le traitement des plaintes relatives à des manquements aux obligations prévues au Code de déontologie des médecins tel qu'il est réalisé par la Corporation professionnelle des médecins du Québec.

Le peu de transparence qui caractérise le processus de traitement des plaintes reçues de même que le sort qui leur est réservé tant par le Syndic que par le Comité de discipline expliquent peut-être le peu de confiance accordée par le public à l'efficacité de ces recours.

---

This article describes the processing of complaints pertaining to breaches of obligations imposed by the Physicians Deontological Code, as such processing is realized by Quebec Physicians Professional Corporation.

The very limited transparency which characterizes the process of complaints treatment as well as the fate which awaits them be it by the Syndic or by the Disciplinary Committee may explain the lack of confidence that the general public places in the efficiency of such recourses.

---

\*. Avocate, Ménard, Martin de Montréal.

# SOMMAIRE

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION .....                                                                                | 221 |
| PARTIE I. CODE DE DÉONTOLOGIE DES MÉDECINS ET PROTECTION DU PUBLIC: CONTENU ET STATISTIQUES ..... | 222 |
| A. Le contenu du Code de déontologie des médecins .....                                           | 224 |
| B. Quelques données statistiques sur l'application du Code de déontologie .....                   | 228 |
| PARTIE II. L'ANALYSE DU TRAITEMENT DES PLAINTES .....                                             | 230 |
| A. Le syndic .....                                                                                | 230 |
| B. Le Comité d'examen des plaintes .....                                                          | 233 |
| C. Le Comité de discipline .....                                                                  | 239 |
| 1. Les sanctions .....                                                                            | 242 |
| D. Le Tribunal des professions .....                                                              | 248 |
| CONCLUSION .....                                                                                  | 249 |
| TABLEAU I .....                                                                                   | 254 |
| TABLEAU II .....                                                                                  | 258 |
| TABLEAU III .....                                                                                 | 259 |
| ANNEXE I .....                                                                                    | 261 |
| ANNEXE II .....                                                                                   | 263 |

## INTRODUCTION

La réforme du droit professionnel qui a eu lieu en 1973 avait pour objectif, entre autres, de confier aux corporations professionnelles une mission de protection du public. Pour arriver à atteindre cet objectif, le législateur a conféré aux corporations professionnelles certains pouvoirs de réglementation tout en se conservant le rôle d'approuver la réglementation adoptée<sup>1</sup>. Parmi les pouvoirs réglementaires dévolus aux corporations professionnelles se trouve le pouvoir d'adopter un code de déontologie. Les corporations n'ont pas le choix d'exercer ou non ce pouvoir: un article du *Code des professions* prévoit en effet qu'à défaut par elles de le faire, l'Office des professions peut lui-même adopter un tel règlement pour la corporation<sup>2</sup>.

L'Etat a donc délégué aux corporations professionnelles un de ses pouvoirs et s'est réservé le contrôle ultime de son exercice.

Le processus semble, au premier abord, assurer non seulement une certaine cohésion au niveau de l'ensemble des corporations professionnelles, mais surtout un contrôle efficace du contenu obligationnel minimal des codes de déontologie. Comme les codes de déontologie sont un élément déterminant de protection du public<sup>3</sup>, le législateur a prévu une série de dispositions au *Code des professions* afin d'en assurer une application permettant de réaliser l'objectif visé.

Les dispositions créent des instances disciplinaires chargées de recevoir et d'entendre les plaintes des citoyens à l'égard des professionnels et de sanctionner les professionnels qui contreviennent au code de déontologie, ou de façon plus large, aux lois et règlements qui régissent la corporation.

Le processus se caractérise cependant par l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire très large à certaines instances, à un point tel que l'ampleur de cette discrétion stérilise en bonne partie la mission de protection du public déléguée à la corporation professionnelle par le législateur.

Le traitement des plaintes tel que réalisé par la Corporation professionnelle des médecins constitue à cet égard un exemple significatif, c'est pourquoi nous le retiendrons pour démontrer la justesse de notre prémisse.

---

1. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 86 et suiv. et art. 95.

2. *Id.*, art. 12 a) et b).

3. L. BORGEAT, «La faute disciplinaire sous le Code des professions», (1978) 38 *R. du B.* 3, 6.

Nous analyserons d'abord le contenu du *Code de déontologie des médecins*. Nous ferons par la suite état de différentes statistiques tirées des rapports annuels de la Corporation des médecins qui donnent un premier aperçu du degré d'atteinte réel de l'objectif de protection du public.

Dans la seconde partie, nous aborderons le processus de traitement des plaintes à partir de la prémisse que nous avons déjà posée soit que ce processus a pour effet d'enlever toute portée aux autres mécanismes de contrôle prévus par la loi.

## **PARTIE I. CODE DE DÉONTOLOGIE DES MÉDECINS ET PROTECTION DU PUBLIC: CONTENU ET STATISTIQUES**

Une première remarque s'impose avant d'aborder l'analyse du contenu du *Code de déontologie des médecins*. Le droit disciplinaire au Québec repose en grande partie sur le postulat suivant: en matière de discipline, les professionnels eux-mêmes sont les personnes qui peuvent le mieux porter un jugement sur des actes professionnels. L'article 25 du *Code des professions* confirme que le législateur a entériné ce postulat lors de la réforme des professions. En effet, un des éléments à considérer pour la constitution d'une corporation professionnelle est la difficulté de porter un jugement sur des actes professionnels pour des gens ne possédant pas une formation et une qualification correspondantes<sup>4</sup>. La justice exercée par les pairs serait donc le meilleur moyen de contrôler la qualité des actes professionnels de même que la compétence et l'intégrité des professionnels eux-mêmes.

Ce n'est qu'en acceptant d'emblée ce postulat qu'on peut comprendre la logique sous-jacente aux mécanismes disciplinaires. Pour notre part, nous croyons que ce postulat ne découle pas tant de la notion de protection du public, qui signifie à notre sens la protection des personnes et de leur patrimoine contre tout danger exercé par un professionnel<sup>5</sup>, mais plutôt des idéologies et des intérêts des groupes professionnels. Le commentaire de Me Yves Ouellette nous apparaît à cet égard tout à fait justifié:

«Au Québec comme dans l'ensemble des états industrialisés, le droit applicable aux individus dépend dans une large mesure de la classe

---

4. *Code des professions*, précité, note 1, art. 25(2).

5. COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES SERVICES DE SANTÉ ET LES SERVICES SOCIAUX, *Rapport de la commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, Québec, Publications du Québec, 1988, p. 263.

sociale à laquelle ils appartiennent et du métier ou de la profession qu'ils exercent (...)

Quoique les sociologues et les juristes aient encore du mal à dégager une définition satisfaisante de l'ouvrier, de l'artisan, du professionnel, tout un système juridique s'est édifié sur l'idée de classe sociale: c'est le droit de classe auquel se rattache le droit professionnel»<sup>6</sup>.

Bien que ce commentaire date d'avant la réforme des professions, il demeure à notre avis aussi exact aujourd'hui et s'applique de façon particulièrement claire au cas du droit disciplinaire.

Les codes de déontologie, particulièrement celui des médecins puisque notre étude porte sur ce dernier, véhiculent des valeurs propres et n'ont pas comme seul fondement la protection du public.

Selon une étude portant spécifiquement sur les fondements et les finalités des codes de déontologie<sup>7</sup> ceux qui se révélèrent les plus explicites furent les suivants:

- «1. Assurer la protection du public en favorisant une pratique professionnelle consciencieuse, responsable et de haute qualité;
2. Aider le professionnel à faire preuve d'un comportement éthique plus exigeant que celui qu'on attend du commun des mortels;
3. Eviter des situations conflictuelles entre professionnels appartenant à une même profession ou à des professions apparentées;
4. Sauvegarder une bonne image et le renom de la profession auprès du public;
5. Légitimer un statut socio-économique privilégié et un statut juridique particulier (i.e. la corporation)»<sup>8</sup>.

---

6. Y. OUELLETTE, «Les corporations professionnelles» dans R.P. BARBE, (dir.) *Droit administratif canadien et québécois*, Ottawa, Ed. Université Ottawa, 1969, p. 181.

7. INSTITUT SUPERIEUR DES SCIENCES HUMAINES, *La déontologie professionnelle au Québec*, Rapport de recherche préparé à la demande de l'Office des Professions du Québec, no. hors série, janvier 1977.

8. *Id.*, p. 140.

Il s'agit là selon nous de l'ensemble des éléments sur lesquels repose le *Code de déontologie des médecins*. Abordons maintenant le contenu obligationnel de ce Code en tentant d'en identifier les dispositions qui se relie à la protection du public.

### A. Le contenu du Code de déontologie des médecins

Le *Code de déontologie des médecins* est un règlement<sup>9</sup> adopté en vertu de l'article 19 de la *Loi médicale*<sup>10</sup>. Cette disposition réfère au *Code des professions* qui prévoit à son article 87 l'obligation pour le Bureau d'une corporation professionnelle d'adopter par règlement un code de déontologie. Cet article prévoit en outre certains éléments que doit obligatoirement contenir le code de déontologie. Ainsi, il doit imposer au professionnel des devoirs d'ordre général envers le public, ses clients et sa profession, entre autres celui de s'acquitter de ses obligations avec intégrité<sup>11</sup>. De plus, le code de déontologie adopté doit contenir:

- «1) des dispositions déterminant les actes dérogatoires à la dignité de la profession;
- 2) des dispositions définissant, s'il y en a, les professions, métiers, industries, commerces, charges ou fonctions incompatibles avec la dignité ou l'exercice de la profession;
- 3) des dispositions visant à préserver le secret quant aux renseignements de nature confidentielle qui viennent à la connaissance des membres de la corporation dans l'exercice de leur profession;
- 4) des dispositions concernant le droit d'une personne recourant aux services d'un professionnel de prendre connaissance des documents qui la concernent dans tout dossier constitué par ce professionnel à son sujet et d'obtenir des copies de ces documents<sup>12</sup>.»

Par ailleurs, l'article 12 a) et b) du Code des professions prévoit que l'Office des Professions doit s'assurer que chaque corporation adopte un code de déontologie conformément à l'article 87 du Code des professions.

---

9. R.R.Q., 1981, c. M-9, r. 4.

10. L.R.Q., c. M-9.

11. *Code des professions*, précité, note 1, art. 87.

12. *Id.*

Enfin, tout règlement adopté par le Bureau d'une corporation professionnelle est transmis à l'Office des professions pour examen. L'Office soumet alors le règlement avec recommandation au gouvernement qui peut l'approuver avec ou sans modification<sup>13</sup>.

Le *Code de déontologie des médecins* actuel a été adopté en 1981 et est conforme aux dispositions législatives énoncées ci-dessus. Étant sans doute inspiré du modèle élaboré par l'Office des professions, il regroupe différentes dispositions selon qu'elles concernent les devoirs et obligations envers le public, envers le patient, ou envers la profession<sup>14</sup>.

Cependant, en vue d'identifier les obligations du Code de déontologie qui se rattachent davantage à la protection du public, la classification adoptée par Lajoie, Molinari et Auby<sup>15</sup> nous semble à la fois plus analytique et plus précise. Ainsi les différentes obligations des médecins prévues à leur Code de déontologie pourraient être regroupées ainsi:

- 1 - Obligation de compétence;
- 2 - Obligation de fournir des services de qualité;
- 3 - Obligation d'intégrité professionnelle;
- 4 - Obligation d'information;
- 5 - Obligation de discrétion.

Chacune de ces obligations regroupent plusieurs dispositions du Code de déontologie. Chacune d'elle peut aussi, selon nous, s'inscrire dans l'objectif visé de protection du public.

Le tableau I résume de façon exhaustive, les cinq obligations identifiées en regroupant, pour chacune d'elles, les principales dispositions du *Code de déontologie des médecins* qui s'y rattachent.

---

13. *Id.*, art. 95, al. 1.

14. P. ISSALYS, «The Professions Tribunal and the Control of Ethical Conduct among Professionals» (1978) 24 *McGill L.J.* 588, 620. Ainsi le modèle de code de déontologie préparé par l'Office, proposait le contenu suivant (traduction): A) Devoirs envers le public; B) Devoirs envers le client; dispositions générales sur la formation de la relation professionnel-client; intégrité; disponibilité et diligence; responsabilité; indépendance et impartialité; secret professionnel; accès aux dossiers; fixation et paiement des honoraires; C) Devoirs envers la profession; fonctions incompatibles et responsabilités; - actes dérogatoires; relations avec la corporation et les collègues; contribution à l'avancement de la profession.

15. A. LAJOIE, P. MOLINARI, J.M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Centre de recherche en droit public, P.U.M., 1981, p. 511 et suiv.



Selon ces auteurs<sup>16</sup>, le Code de déontologie prévoit des obligations minimales qui doivent être réalisées par tous les médecins, peu importe le milieu où ils pratiquent. Les obligations sont rédigées en des termes larges<sup>17</sup> ce qui se comprend bien puisqu'il est impossible de prévoir toutes les situations qui peuvent se présenter concrètement en matière de déontologie<sup>18</sup>. Comme le fait remarquer Pierre Issalys<sup>19</sup>, un code de déontologie est d'abord une série d'énoncés idéologiques faits dans le contexte technique d'une pratique professionnelle particulière. C'est donc dans ce sens qu'il faut lire les diverses dispositions du *Code de déontologie des médecins* et ne pas se surprendre de leur rédaction vague et générale.

Chacune des obligations identifiées n'est pas aussi intimement liée à la notion de protection du public. Ainsi, s'il est relativement facile de voir ce lien pour l'obligation de compétence et celle de fournir des services de qualité, il l'est moins lorsqu'on s'attarde à l'obligation d'intégrité professionnelle. Comme le font remarquer Lajoie, Molinari et Auby<sup>20</sup>, certaines des dispositions associées à cette obligation donnent l'impression d'avoir été adoptées davantage pour préserver les valeurs corporatistes que pour protéger le public et:

«si elles sont justifiées par des impératifs de protection du public, c'est seulement dans la mesure où ce concept suggère autant de définitions qu'il y a de définisseurs»<sup>21</sup>.

Les auteurs donnent, pour illustrer leur pensée, l'exemple de l'article 2.04.06 du Code de déontologie qui interdit au médecin de surprendre la bonne foi d'un confrère et de se rendre coupable d'abus de confiance ou de procédés déloyaux.

---

16. *Id.*, p. 533.

17. Le caractère vague et imprécis a déjà été soulevé devant les tribunaux à l'occasion de l'arrêt *Bécharde c. Roy*, [1975] C.A. 508 où l'on contestait sur cette base la validité d'une disposition du *Code de déontologie des médecins*, plus précisément, l'actuel article 2.03.17. La Cour d'appel a alors décidé que cette disposition était suffisamment claire et précise pour ne pas constituer une délégation du pouvoir de réglementation. D'après le résumé de l'arrêtiste, la Cour précise: «il est propre au droit disciplinaire où sont établies des normes de compétence professionnelle et morale que chaque situation ne puisse être prévue spécifiquement, ce qui diffère du domaine droit pénal où un acte ou une omission doit faire l'objet d'une définition législative pour constituer une infraction», p. 510.

18. *Id.*

19. P. ISSALYS, *loc. cit.*, note 14, 618.

20. A. LAJOIE, P. MOLINARI, J.M. AUBY, *op. cit.*, note 15, p. 551.

21. *Id.*, p. 551.

Cette rapide présentation des dispositions du *Code de déontologie des médecins* donne un aperçu global de son contenu suffisant pour nous permettre d'aborder l'étude des mécanismes de contrôle applicables. Ce n'est en effet que dans la mesure où les instances disciplinaires contrôlent et sanctionnent de manière efficace l'application du code de déontologie au sein professionnels concernés que son contenu peut être jugé déterminant en matière de protection du public.

Les statistiques contenues aux rapports annuels de la Corporation des médecins<sup>22</sup> donnent un portrait significatif de la réalité du traitement des plaintes.

### **B. Quelques données statistiques sur l'application du Code de déontologie**

Le tableau II regroupe les données relatives aux plaintes reçues et traitées par le syndic de la Corporation des médecins et le Comité d'examen des plaintes sur une période de quatre ans<sup>23</sup>.

Le nombre de plaintes reçues par le syndic de la Corporation est relativement peu élevé et presque constant d'une année à l'autre. En 1986-87 par exemple, seulement 669 plaintes ont été reçues par le syndic alors que plus de 60 millions d'actes médicaux ont été posés au Québec<sup>24</sup>. Par ailleurs, 72% des plaintes reçues en 1987-88 provenaient des patients ou de leur représentant.

Si on examine de plus près le tableau II, on constate d'abord que le pourcentage de plaintes sans suite oscille entre 12 et 26% selon les rapports annuels de la Corporation; selon celle-ci, cette situation découle soit d'un manque de renseignements ou d'un manque de collaboration de la part du plaignant.

En ce qui concerne les plaintes réglées, remarquons d'abord que leur nombre dépasse souvent celui des dossiers ouverts. Ceci s'explique probablement par le fait qu'un certain nombre de plaintes reçues l'année antérieure fut réglé l'année suivante. Mais outre cette constatation, il est intéressant de noter que la proportion de plaintes réglées n'ayant pas été

---

22. CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MEDECINS DU QUEBEC, *Rapports annuels* 1987-88, 1986-87, 1985-86, 1984-85.

23. *Id.*

24. *Rapport de la commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, op. cit., note 5.

retenues se situe généralement autour de 50%. Lorsqu'une plainte n'est pas retenue, une réponse est envoyée au plaignant à l'effet, qu'après enquête, sa plainte n'est pas retenue.

Une autre constatation se dégage facilement des données présentées. La proportion de plaintes réglées qui furent référées au Comité de discipline varie de 2 à 6% selon les années. Ce pourcentage est aussi relativement stable. De plus, la très grande majorité de ces plaintes furent référées au Comité de discipline par le Comité d'examen des plaintes, alors que le nombre de plaintes acheminées directement par le syndic se situe entre 0 et 3 selon les années<sup>25</sup>. Les plaintes portées au Comité de discipline semblent donc avoir été soumises préalablement et ce, de façon systématique, au Comité d'examen des plaintes.

Ce bref survol des statistiques relatives aux plaintes nous permet maintenant d'aborder l'analyse du processus de traitement des plaintes selon les dispositions législatives applicables mais aussi tel qu'il se déroule concrètement.

## **PARTIE II. L'ANALYSE DU TRAITEMENT DES PLAINTES**

Selon les données publiées par la Corporation des médecins, le nombre de plaintes reçues effectivement portées au Comité de discipline est minime. Il reflète selon nous l'effet de l'exercice des pouvoirs conférés par la loi au syndic de la Corporation. Nous tenterons donc dans cette seconde partie de tracer un bref portrait des rôles et pouvoirs conférés par la loi au syndic afin d'en saisir l'étendue. Quant au Comité d'examen des plaintes, ses fonctions et pouvoirs ne sont pas prévus par la loi. Cependant, les données présentées précédemment révèlent l'importance réelle de son rôle au niveau du traitement des plaintes et c'est pourquoi nous tenterons d'en cerner la nature et les contours.

Enfin, nous aborderons les fonctions et pouvoirs dévolus au Comité de discipline et, à l'aide des données présentées dans les rapports annuels de la Corporation et du contenu de certaines décisions disciplinaires, nous analyserons le rôle significatif qu'il joue au niveau de l'application de sanctions efficaces à l'égard des professionnels fautifs.

---

25. Notons que les 2 plaintes de 1987-88 acheminées au Comité de discipline ne le furent pas vraiment par le syndic mais plutôt par les plaignants eux-mêmes. Nous reparlerons plus loin du mécanisme de plainte privée.

Quant au Tribunal des professions, constituant l'instance d'appel prévue par la loi pour les décisions des comités de discipline, il n'exerce selon nous qu'un rôle marginal au niveau du processus disciplinaire. Les données relatives au nombre de décisions rendues par cette instance le confirment. En ce sens, nous n'aborderons que très brièvement sa juridiction car son impact sur la réalisation effective de l'objectif de protection du public nous semble moins important.

### A. Le syndic

C'est au syndic que le *Code des professions* confie le pouvoir de faire enquête suite à des informations reçues à l'effet qu'un professionnel a commis une infraction au *Code des professions*, à la loi constituant la corporation ou aux règlements<sup>26</sup>. Le pouvoir dévolu au syndic est discrétionnaire en ce sens que ce dernier peut décider de faire ou non une enquête.

S'il fait enquête, le syndic peut exiger de toute personne, incluant le médecin impliqué et le plaignant, qu'elle lui fournisse les renseignements relatifs à son enquête et peut aussi s'adjoindre des experts<sup>27</sup>. Le syndic peut par ailleurs prendre connaissance, lors de son enquête, de tout document relatif à l'enquête, y compris les dossiers du professionnel, ou en exiger la remise et en prendre copie<sup>28</sup>. Il est par ailleurs interdit de nuire au travail d'un syndic, de le tromper ou de refuser de le renseigner ou de lui fournir un document relatif à une enquête<sup>29</sup>.

Après enquête, le syndic peut décider de porter ou non la plainte devant le Comité de discipline<sup>30</sup>. Il doit cependant informer le plaignant des suites qu'il entend donner à la plainte<sup>31</sup>. La loi est muette sur le contenu de l'information communiquée au plaignant: elle prévoit seulement une explication par écrit au plaignant des motifs de la décision. Selon le syndic de la Corporation<sup>32</sup>, lorsqu'un avis est envoyé au plaignant l'informant des

---

26. *Code des professions*, précité, note 1, art. 122.

27. *Id.*, art. 114 et 122 *in fine*.

28. *Id.*, art. 192.

29. *Id.*, art. 114.

30. *Id.*, art. 123.

31. *Id.*

32. Nous référerons quelquefois aux propos du syndic dans la suite de cet exposé. Nous rapportons alors le contenu d'une rencontre que nous avons eue avec le syndic, à la Corporation professionnelle des médecins du Québec, le 5 mars 1989. A cette occasion, le syndic nous a communiqué une série d'informations sur l'application pratique du processus disciplinaire par son bureau.

suites données à sa plainte, le contenu en est factuel. Si on informe la personne que la plainte est acheminée au Comité de discipline par exemple, ce n'est que si le plaignant le requiert spécifiquement, ou que sa présence est nécessaire, qu'il est informé de la date fixée pour l'audition. Si l'avis est à l'effet que la plainte ne sera pas portée au Comité de discipline, le contenu informationnel est limité. Si un plaignant mécontent désire plus d'informations, le syndic nous a affirmé qu'il rencontrait alors la personne.

Nous croyons important de questionner l'application faite de la loi par le syndic. En effet, le *Code des professions* précise que le plaignant doit recevoir un avis motivé de la décision du syndic. Il nous semble pour le moins discutable de réduire l'application de cette exigence à une simple information factuelle<sup>33</sup>. Cette façon d'agir ne contribue certainement pas à rendre le processus décisionnel plus transparent, mais plus grave encore, il rend presque impossible le contrôle de l'exercice de la discrétion du syndic à cette étape du processus.

Il existe par ailleurs, deux situations où le syndic doit porter la plainte au Comité de discipline. Il s'agit du cas prévu à l'article 128 du *Code des professions*, lorsque le Bureau de la corporation le requiert et que la plainte paraît justifiée. Le Bureau de la corporation possède en effet le pouvoir de faire enquête sur toute matière relevant de la déontologie médicale, de la discipline ou de l'honneur et la dignité de la profession<sup>34</sup>.

La seconde situation est celle prévue à l'article 155 du *Code des professions* qui prévoit que lorsqu'un professionnel a été déclaré coupable d'un acte criminel pouvant faire l'objet d'une poursuite par mise en accusation seulement, le syndic doit saisir le Comité de discipline d'une plainte. Selon le syndic de la Corporation, ce genre de situations n'est cependant pas fréquent puisqu'elles ne surviennent au plus qu'une ou deux fois par année.

Le syndic n'a pas à faire rapport de ses activités au Bureau de la corporation. Cependant, le président de la corporation a un droit de regard sur ses activités en vertu de son droit de surveillance générale des affaires

---

33. Nous produisons en annexe I, un exemple de réponse reçue par un plaignant, du syndic de la Corporation des médecins, qui illustre bien notre propos. Ces documents ont été banalisés pour respecter le droit à la confidentialité des personnes concernées.

34. *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9, art. 18.

de sa corporation<sup>35</sup>. Le syndic dispose donc d'une large autonomie pour exécuter le mandat qui lui est confié par le législateur<sup>36</sup>.

C'est dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires que le syndic sélectionne en quelque sorte les plaintes qui seront étudiées par le Comité de discipline. A ce niveau, si l'on se rappelle les statistiques déjà présentées plus haut, c'est entre 94 et 97% des plaintes qui seront réglées et dont les dossiers seront fermés. C'est donc une étape fort importante du traitement des plaintes.

A la Corporation des médecins, le syndic réfère, pour l'exercice de cette discrétion, au Comité d'examen des plaintes. En effet, tel que le rapporte le syndic lui-même, les plaintes les plus sérieuses et qui semblent les plus fondées, sont référées de façon systématique pour opinion. Il vaut donc la peine d'examiner le rôle et les fonctions de ce comité.

## **B. Le Comité d'examen des plaintes**

Ce Comité a été créé par résolution du Bureau provincial de médecine en octobre 1970 en vertu de la *Loi médicale* de l'époque<sup>37</sup>. A l'origine, il a été créé pour étudier et régler les dossiers soumis par le Service d'examen des plaintes et plus particulièrement ceux référés par l'Assurance-maladie. Ce Comité pouvait recourir aux services d'experts selon la nature des cas référés et il était composé de cinq membres médecins reconnus pour leur intégrité et leur compétence. Les membres étaient nommés par le Comité exécutif du Collège des médecins.

Une résolution de 1971 du Bureau provincial de médecine a amendé par la suite le mandat du Comité afin d'y ajouter le pouvoir de faire des recommandations appropriées au Comité exécutif du Collège. De plus, on ajoutait un membre non médecin à sa composition<sup>38</sup>. Ce membre était présent pour s'assurer que les plaintes soient étudiées adéquatement et avec impartialité. Il pouvait vérifier les dossiers et participer aux décisions mais

---

35. *Code des professions*, précité, note 1, art. 80.

36. A. POUPART, «Etat de la question» dans Formation Permanente du Barreau, *Le contentieux disciplinaire sous le Code des professions*, cours no. 31, 1977-78, p. 11.

37. *Résolution adoptée par le Bureau provincial de médecine*, les 16 et 17 octobre 1970.

38. Ce membre était nommé par le Comité exécutif sur recommandation du Ministre des affaires sociales. Il devait être impartial vis-à-vis le public et la profession médicale, avoir un jugement sûr et un caractère tempéré peu émotif (sic). De plus, il devait posséder un niveau d'instruction et d'éducation suffisant pour comprendre la procédure et les termes utilisés et posséder une certaine notoriété assurant ainsi au Comité une réputation et une autorité plus grandes. *Résolution adoptée par le Bureau provincial de médecine*, le 19 mai 1971.

n'avait pas droit de vote. Il devait de plus respecter la confidentialité des documents du Comité et pouvait, s'il n'était pas satisfait de l'examen d'une plainte particulière, demander au Comité de réétudier la plainte.

En mars 1974, le Bureau de la corporation des médecins adoptait une nouvelle résolution par laquelle il remplaçait le Comité d'examen des plaintes existant par un nouveau comité du même nom<sup>39</sup> créé en vertu du nouveau *Code des professions*. Le mandat du nouveau comité est d'étudier les dossiers soumis par le Bureau du syndic afin de considérer *et de régler* (sic) dans la mesure du possible les affaires qui lui sont ainsi soumises. Selon cette résolution, le Comité peut adresser, par son président, des remarques ou recommandations aux parties.

Selon le syndic de la Corporation, le Comité est actuellement composé de dix membres dont huit médecins et deux non-médecins qui sont des administrateurs nommés par l'Office des professions du Québec. Tous les membres du Comité d'examen des plaintes siègent au Bureau de la corporation comme administrateurs. Le syndic ou un syndic-adjoint agit comme secrétaire du Comité.

Lors des réunions du Comité, le quorum est de six membres et les décisions se prennent à majorité simple.

Enfin, le Comité d'examen des plaintes relève du Comité administratif auquel il fait rapport aux trois mois.

La résolution adoptée en 1974 ne semble pas avoir été modifiée depuis et reflète donc les principales caractéristiques de l'actuel Comité d'examen des plaintes.

Le Comité d'examen des plaintes est saisi des plaintes de la façon suivante: le syndic ou ses adjoints, après avoir recueilli toutes les informations pertinentes sur une plainte<sup>40</sup>, décide si celle-ci doit ou non être transmise au Comité d'examen des plaintes. Seules les plaintes sérieuses et

---

39. *Résolution adoptée par le Bureau de la corporation des médecins du Québec*, le 21 mars 1974.

40. Le Syndic nous donnait comme exemple d'informations recueillies par lui les éléments suivants: informations supplémentaires à la plainte données par le plaignant; version des faits par le médecin; dossiers médicaux et hospitaliers y compris les parties de ces dossiers antérieures ou postérieures à la plainte si elles peuvent être reliées à la plainte; témoignages recueillis de personnes ayant été témoins des faits; possiblement rapports d'experts, si la complexité de la plainte le justifie.

apparaissant fondées, ou encore les plaintes qui, sans nécessairement paraître fondées, impliquent des infractions sérieuses, seront référées au Comité d'examen des plaintes. C'est donc tout le dossier d'enquête du syndic qui est transféré au Comité lorsque le syndic décide d'y avoir recours.

Les seules plaintes qui sont référées au Comité de discipline par le syndic sans passer par le Comité d'examen des plaintes sont celles fondées sur l'article 155 du *Code des professions* et, selon le syndic lui-même, celles qui représentent un caractère d'urgence. Mais de telles situations sont rares: elles ne se produisent qu'une ou deux fois par année. Remarquons qu'en 1987-88, *toutes* les plaintes portées au Comité de discipline l'ont été après avoir été soumises au Comité d'examen des plaintes<sup>41</sup>.

Le syndic de la Corporation nous a par ailleurs affirmé que le Comité d'examen des plaintes ne faisait pas lui-même d'enquête. Si des informations supplémentaires lui sont nécessaires pour étudier le dossier, il s'adresse alors au syndic pour que celui-ci les obtienne.

C'est lors des réunions mensuelles que le Comité discute des plaintes qui lui sont parvenues du bureau du syndic. Lors de ces réunions, auxquelles assistent le syndic et ses adjoints, les dossiers sont discutés et l'on décide des suites à donner aux dossiers. Le syndic de la Corporation affirme qu'il conserve son pouvoir de décider de porter ou non la plainte au Comité de discipline. En effet, le Comité d'examen des plaintes ne serait qu'un comité consultatif, composé en majeure partie de praticiens de diverses disciplines, qui ne fait que des représentations et des recommandations au syndic. Lors de son étude du dossier, le Comité peut requérir les services d'experts additionnels si le dossier est fort complexe. Il arrive aussi que le Comité d'examen des plaintes rencontre directement le médecin impliqué afin de discuter de son dossier.

A la suite de ce processus, le syndic décide donc de suivre ou non les recommandations du Comité. Il semble qu'en général, les recommandations du Comité soient respectées par le syndic bien qu'il ait le pouvoir d'y passer outre.

Si la décision prise consiste à ne faire que des recommandations au médecin, ceci se fera de façon formelle, c'est-à-dire par écrit, par le président ou le secrétaire (syndic) du Comité d'examen des plaintes et copie

---

41. CORPORATION PROFESSIONNELLE DES MEDECINS DU QUEBEC. *Rapport annuel* 1987-88.



de ces recommandations sera versée au dossier du médecin concerné<sup>42</sup>. Le plaignant, quant à lui, sera avisé par le syndic puisque le *Code des professions* le prévoit<sup>43</sup>. Cependant, à cette occasion, le plaignant n'est avisé du fait que le médecin a reçu des recommandations que si, bien entendu, celles-ci sont liées directement à la plainte. De plus, le contenu des recommandations n'est pas communiqué au plaignant.

Suite à la formulation de recommandations au médecin, le dossier est fermé, dans la très grande majorité des cas, par le syndic. Ce n'est qu'en de rares occasions qu'une vérification du suivi des recommandations par le médecin sera effectuée par le syndic ou le Comité d'inspection professionnelle.

Il semble donc qu'à la Corporation des médecins du Québec on ait décidé qu'un processus décisionnel en deux temps devait précéder la plainte au Comité de discipline. Toujours selon le syndic actuel de la Corporation, ce processus se justifie par les raisons suivantes:

- 1 - Avec l'intervention d'un plus grand nombre de personnes, d'opinions et de réflexions, les décisions prises ont davantage de chances d'être adéquates;
- 2 - Le fait que deux représentants du public soient impliqués dans le processus rend les décisions prises plus objectives et implique le public dans des décisions importantes;
- 3 - Les recommandations formulées aux médecins risquent d'être mieux acceptées et suivies par les médecins concernés si elles proviennent de médecins spécialistes encore en exercice que si elles proviennent d'un médecin (en l'occurrence le syndic) qui n'a pas pratiqué depuis longtemps<sup>44</sup>.

---

42. Selon le syndic, le fait qu'un médecin ait déjà fait l'objet de recommandations de la part du Comité d'examen des plaintes sera considéré dans la décision de porter plainte au Comité de discipline si une autre infraction est commise ultérieurement.

43. Art. 123.

44. Ces propos ne sont pas sans rappeler les propos du Dr. Brière ayant occupé précédemment le poste de syndic à la corporation des médecins. cf. J. BRIERE, "Le contentieux disciplinaire à la Corporation professionnelle des médecins du Québec" dans Formation permanente du Barreau, *Le contentieux disciplinaire sous le Code des Professions*, cours no 31, 1977-78.

Nous nous questionnons personnellement sur la légalité d'un tel comité. Selon le syndic, l'existence de ce comité repose sur le pouvoir des corporations professionnelles de créer par résolution des comités pour assumer leur mandat<sup>45</sup>. Il est vrai que le Bureau est chargé de l'administration générale des affaires de la corporation et de veiller à l'application du *Code des professions*, de la loi constitutive et des règlements<sup>46</sup>.

Cependant, le *Code des professions* est clair quant au traitement des plaintes reçues par une corporation professionnelle relativement au comportement des professionnels: c'est au syndic et aux syndics adjoints que le pouvoir d'étudier, de faire enquête et de décider si la plainte sera ou non portée devant le Comité de discipline de la corporation appartient<sup>47</sup>. Le Bureau ne peut, selon nous, contourner le mécanisme prévu par la loi en utilisant son pouvoir de créer des comités pour établir, par résolution, un mécanisme supplémentaire non prévu par la législature.

De plus, le fonctionnement de ce Comité de même que les éléments servant à fonder ses décisions sont absolument inconnus. Sur le plan pratique, il semble bien que la décision du syndic soit étroitement liée à la décision prise par le Comité d'examen des plaintes<sup>48</sup>, d'autant plus que le syndic assiste lui-même à la prise de décision du Comité, même s'il n'a pas droit de vote.

On peut donc douter de la légalité d'un tel mécanisme qui ne peut certainement pas s'apparenter à celui prévu à l'article 114 du *Code des professions* qui permet au syndic de s'adjoindre un expert dans le cours de son enquête. Le rôle du Comité d'examen des plaintes nous semble en effet nettement dépasser le rôle qui pourrait être joué par un ou des experts auprès du syndic.

Le syndic possède un pouvoir *discrétionnaire* de faire enquête ou non suite à une information ou une plainte. Il possède aussi un pouvoir *discrétionnaire* lui permettant de référer ou non le dossier au Comité de discipline. Cette discrétion doit être exercée par le syndic lui-même et non par un autre comité créé par la Corporation. Les circonstances, ci-dessus

---

45. *Code des professions*, précité, note 1, art. 86c).

46. *Id.*, art. 62.

47. *Id.*, art. 122 et 123.

48. Par exemple, en 1987-88, aucune plainte n'a été portée par le syndic au Comité de discipline. Les 16 plaintes acheminées au Comité de discipline le furent par le Comité d'examen des plaintes, *op. cit.*, note 41.

décrites, entourant l'exercice de cette discrétion de même que les données produites dans les rapports annuels de la Corporation, laissent à tout le moins planer de forts doutes quant à l'exercice réel de la discrétion du syndic.

L'importance du fonctionnement du processus de traitement des plaintes au niveau du syndic et du Comité d'examen des plaintes est démontrée par l'influence considérable de ces deux instances sur le sort réservé à la plainte. La discrétion du syndic doublée de celle du Comité d'examen des plaintes est exercée à l'abri de la connaissance du public et du contrôle du législateur. C'est pourtant à ce niveau que se règle la très grande majorité des plaintes.

Dans environ 3% des cas, les plaintes parviennent au Comité de discipline. Examinons maintenant le fonctionnement de ce Comité de même que le sort des plaintes qui y sont référées.

### C. Le Comité de discipline

La constitution du Comité de discipline est prévue aux articles 116 et suivants du *Code des professions*. Il s'agit d'un tribunal administratif qui rend des décisions de nature judiciaire en se prononçant sur la commission d'infractions au *Code des professions*, à la loi constituant la corporation ou aux règlements<sup>49</sup>. Le Comité de discipline a compétence sur tous les membres de la corporation, peu importe le lieu où l'infraction a été commise<sup>50</sup>. Aucun tribunal n'a juridiction en première instance pour déterminer si le professionnel a commis l'infraction dont est saisi le Comité de discipline<sup>51</sup> et il ne peut créer d'infractions qui ne sont pas prévues ou énumérées au *Code des professions*, aux lois professionnelles ou aux règlements<sup>52</sup>.

Le quorum du Comité de discipline est de trois membres dont le président est un avocat<sup>53</sup>. Les deux autres membres du Comité de discipline sont des membres de la Corporation désignés par le Bureau<sup>54</sup>.

---

49. *Code des professions*, précité, note 1, art. 116.

50. *Comité-médecins-3* [1987] D.D.C.P. 161

51. A. LAJOIE, P. MOLINARI, J.M. AUBY, *op. cit.*, note 15.

52. *Id.*

53. *Code des professions*, art. 116. Cet avocat est désigné par le gouvernement, après consultation avec le Barreau et il possède un minimum de 10 ans de pratique.

54. *Id.*

Les auditions devant le Comité de discipline sont maintenant publiques sauf si le Comité décide d'ordonner le huis-clos, d'interdire la publication ou la diffusion de renseignements ou de documents. Cette décision doit être motivée par l'intérêt de la morale ou de l'ordre public dans le but notamment d'assurer le respect du secret professionnel ou la protection de la vie privée d'une personne ou de sa réputation<sup>55</sup>.

Le fait que les auditions du Comité de discipline soient maintenant publiques favorise certainement une plus grande transparence du recours disciplinaire et a sûrement un impact au niveau de la connaissance de ce recours par le public. La Corporation professionnelle des médecins du Québec n'était cependant pas favorable à ce que la loi soit modifiée à ce chapitre. Selon le syndic de la Corporation, cette situation risque d'entraîner une moins bonne collaboration des médecins impliqués dans le processus disciplinaire. En effet, selon lui, les médecins seront davantage réticents à livrer des informations au syndic relativement à leurs dossiers puisqu'ils appréhenderont davantage l'impact d'une condamnation publique au Comité de discipline. Par ailleurs, la morale publique<sup>56</sup> et la protection du droit à la confidentialité du patient<sup>57</sup> iraient à l'encontre du caractère public des auditions. Notons que toutes les décisions du Comité de discipline ne sont pas publiées chaque année par l'Office des professions du Québec<sup>58</sup>.

Au niveau de la procédure comme telle, la plainte adressée au Comité de discipline doit être écrite et assermentée<sup>59</sup> et doit indiquer la nature et les circonstances de l'infraction reprochée<sup>60</sup>.

Cette plainte peut être portée par toute personne<sup>61</sup>. Devant le Comité de discipline, le professionnel impliqué doit pouvoir présenter une défense pleine et entière<sup>62</sup> et il a droit à un avocat.

---

55. *Id.*, art. 142.

56. Selon le syndic, les cas mettant en cause des actes sexuels ou des infractions liées à la drogue sont des exemples de situations où la morale publique exigerait que les auditions ne soient pas publiques.

57. Selon le syndic, il arrive que le patient ne soit pas au courant que son dossier sera discuté au Comité de discipline. Cette situation survient lorsque la plainte ne provient pas du patient mais d'une autre instance. Dans ce cas, il serait préjudiciable au patient que le contenu de l'audition soit rendu public.

58. *Code des professions*, précité, note 1, art. 12v).

59. *Id.*, art. 127.

60. *Id.*, art. 129.

61. *Id.*, art. 128. Voir *supra* nos remarques concernant la fréquence des plaintes privées.

62. *Id.*, art. 144.

Au niveau de la preuve, le *Code des professions* est silencieux quant au fardeau de preuve à rencontrer par le plaignant. Cependant, certains auteurs<sup>63</sup> indiquent que la preuve, selon la jurisprudence majoritaire, n'a pas à être hors de tout doute raisonnable mais peut toutefois se situer au-delà de la prépondérance. En fait, les comités de discipline jouissent de la discrétion nécessaire pour exiger que la preuve soit claire et convaincante<sup>64</sup>.

Le Comité de discipline peut utiliser tous les moyens légaux de preuve<sup>65</sup>. Il a par ailleurs le pouvoir d'assigner des témoins, de les contraindre et peut aussi exiger la production de tout document<sup>66</sup>.

Lorsque le Comité en arrive à la conclusion que le professionnel intimé est coupable, ce qui se produit dans la très grande majorité des cas<sup>67</sup>, qu'en est-il de la sanction qu'il peut imposer selon le *Code des professions* et quelles sanctions sont effectivement imposées en pratique?

## 1. Les sanctions

Le recours devant le Comité de discipline peut mener à l'application de différentes sanctions. Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal des professions, la sévérité de la sanction ne doit pas être disproportionnée à la faute ou fondée sur des considérations étrangères à l'action disciplinaire<sup>68</sup>. Le fait pour un professionnel de répéter des infractions malgré l'existence de

---

63. A. LAJOIE, P. MOLINARI, J.M. AUBY, *op. cit.*, note 15.

64. *Comité-médecins-7* [1986] D.D.C.P. 267. Dans cette décision impliquant un médecin accusé d'avoir eu des activités sexuelles avec une de ses patientes, le Comité faisait face à deux versions contradictoires. Celle de la patiente semblait sérieuse, vraisemblable et cohérente: selon le Comité, elle ne s'était pas méprise sur la nature des gestes posés par l'intimé lors d'un examen gynécologique. La version du médecin était quant à elle à l'effet qu'il ne se souvenait de rien de précis quant à cet examen. Le Comité décide que même s'il se peut fort bien que l'intimé ait commis les gestes qu'on lui reproche, le plaignant a le fardeau de faire une preuve claire et convaincante. Le degré de preuve doit être d'autant plus fort selon le Comité, que la condamnation de l'intimé peut avoir des conséquences très graves pour sa carrière et sa vie professionnelles. Or, en l'espèce, la preuve du plaignant n'a pas été prépondérante au point de constituer une preuve claire et convaincante et on n'a pu conclure à la culpabilité de l'intimé.

65. *Code des professions*, précité, note 1, art. 143.

66. *Id.*, art. 146 et 147. Le consentement du bénéficiaire ne serait pas requis préalablement à la production de son dossier médical. Voir à ce sujet, J.G. FRECHETTE, *Droit d'accès aux dossiers de santé*, AQAM, octobre 1988, p. 284 et suiv. Voir aussi l'art. 107 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-5, l'art. 107, du *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, (1984) 116 G.O. II 2645, art. 62, et *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. c. A-2.1, art. 67 et 171.

67. Voir le tableau III faisant état des jugements rendus et des condamnations.

68. *Tribunal-médecins-1* [1976] D.D.C.P. 223 et *Tribunal-médecins-10* [1976] D.D.C.P. 197.

condamnations antérieures pourra justifier l'imposition de sentences plus sévères<sup>69</sup>.

Le nombre de plaintes référées au Comité de discipline de même que le nombre de médecins impliqués sont pratiquement stables de 1984 à 1988 tel que l'indique le tableau III. Denise Couture<sup>70</sup> constate le même phénomène après avoir analysé les décisions du Comité de discipline pour les périodes 1964-1965, 1972-1973, 1974-1975 et 1980-1981. Selon cette auteure, cette stabilité s'explique d'une part du fait que d'autres instances ont été créées au sein de la Corporation (le Comité d'examen des plaintes en est un exemple) et d'autre part, par la nature même du rôle du Comité de discipline. En effet, il est un outil dont doit se doter la corporation professionnelle selon la loi pour assumer son rôle de protection du public mais il est aussi une façon de maintenir le principe d'auto-contrôle à la base même de la constitution du monopole professionnel. Selon Couture, le Comité doit donc avoir une activité suffisante pour démontrer que la Corporation s'occupe de la protection du public. Cependant, cette activité ne doit pas être d'une intensité telle qu'elle envenime les rapports entre les membres de la Corporation et la direction de la Corporation. Ce sont ces facteurs qui expliqueraient donc la relative stabilité des plaintes traitées par le Comité de discipline.

Au niveau des sanctions comme telles, une étude, préparée par Danielle Laveau et Pierre Racicot pour le compte de l'ACEF de Québec, porte sur l'analyse des sanctions imposées par le Comité de discipline des médecins pour les années 1983 à 1986 inclusivement<sup>71</sup>. Référant aux différentes sanctions imposées dans seize décisions, les auteurs rapportent que la réprimande est de loin la sanction la plus utilisée (12/28)<sup>72</sup>. La radiation temporaire vient au deuxième rang (6/28), suivie de l'amende (5/28) et du paiement des frais (3/28).

---

69. *Comité-médecins-8* [1987] D.D.C.P. 168. Le médecin intimé avait fait l'objet de trois radiations temporaires successives accompagnées d'amendes et de réprimandes. Il avait par ailleurs été condamné à 30 mois de prison pour une infraction au *Code criminel* relative à la drogue. Le Comité décide donc de lui imposer une radiation permanente.

70. D. COUTURE, «La réforme du droit professionnel au Québec: le cas de la corporation professionnelle des médecins», 18 *Sociologie et sociétés* 97.

71. D. LAVEAU et P. RACICOT, *Mémoire présenté à l'Office des professions du Québec et au ministre responsable, M. Claude Ryan*, ACEF Québec, Décembre 1987.

72. Comme les sanctions peuvent être additives, une même décision peut donner lieu à plusieurs sanctions. C'est ce qui explique le total de 28 sanctions pour 16 décisions étudiées.

Couture remarque quant à elle qu'à partir de 1972-73, les sanctions uniques deviennent minoritaires ce qui correspondrait à un examen plus minutieux par la Corporation de la pratique du médecin intimé<sup>73</sup>.

Quant aux motifs invoqués par le Comité de discipline pour justifier les sanctions imposées, Laveau et Racicot constatent que l'absence de dossier disciplinaire est celui qui revient le plus fréquemment. La gravité des actes posés arrivent en seconde place suivie d'autres motifs n'apparaissant que dans quelques cas soit la possibilité de récidive, la bonne foi du médecin et des circonstances particulières<sup>74</sup>.

Ce qui étonne cependant le plus lorsque l'on consulte les décisions du Comité de discipline des médecins, c'est la très relative sévérité des sanctions imposées à l'égard des médecins intimés. En fait, la sanction semble souvent hors de proportion si l'on considère la gravité des préjudices subis par le patient. L'étude commandée par l'ACEF confirme cette impression. En posant comme hypothèse que la sanction recommandée par le syndic de la Corporation était équitable, les auteurs ont analysé les sanctions effectivement imposées par le Comité de discipline. Pour seize décisions, dix ont imposé des sanctions plus légères que celles proposées par le syndic, cinq ont imposé la sanction recommandée alors qu'une seule décision a imposé une sanction plus sévère. Les seize décisions concernaient des cas où les patients avaient subi des préjudices<sup>75</sup>.

Nous donnerons ici trois exemples de décisions rendues par le Comité de discipline qui illustrent bien l'importance accordée au critère «préjudice subi par le patient» par le Comité de discipline lors du choix de la sanction imposée.

La première décision est celle rapportée à *Comité-médecins-6*, [1986] D.D.C.P. 237 à 267. Il s'agissait d'un médecin accusé d'avoir pratiqué un avortement chez une patiente dont il avait évalué la grossesse à dix-huit semaines plutôt que vingt-trois, alors qu'il n'avait pas procédé préalablement à tous les examens et analyses adéquats et appropriés. On l'accusait aussi de n'avoir reconnu qu'il venait de causer une perforation utérine à la patiente qu'après lui avoir causé des traumatismes importants. En effet, la patiente avait subi les préjudices suivants: section quasi-complète du colon sigmoïde, déchirure du colon gauche et arrachement des deux tiers de

---

73. D. COUTURE, *op. cit.*, note 71, 106.

74. C. LAVEAU et P. RACICOT, *op. cit.*, note 72.

75. *Id.*, 5-8.

l'uretère gauche. Il fut prouvé devant le Comité de discipline qu'il était très risqué de procéder à l'avortement par la technique utilisée, soit la dilatation et l'extraction, dans le cas d'une grossesse si avancée. Le Comité conclut que le médecin intimé avait bel et bien causé la perforation utérine et les traumatismes en exerçant une traction sur les organes de la patiente plutôt que sur les débris du fœtus. Après avoir reconnu la culpabilité du médecin sur les deux chefs d'accusation, le Comité imposa une radiation temporaire de six mois, sanction qui fut jugée raisonnable dans les circonstances par le Tribunal des professions<sup>76</sup>.

En effet, le Tribunal des professions jugea que vu que le médecin était un spécialiste en gynécologie-obstétrique possédant beaucoup d'expérience, la sanction imposée n'était pas excessive.

Dans *Comité-médecins-2* [1986] D.D.C.P. 89, le médecin intimé était accusé de n'avoir pas surveillé adéquatement sa patiente lors de l'hospitalisation et de n'avoir pas consulté un spécialiste lors de l'accouchement de sa patiente malgré qu'elle présentait un cas de grossesse à risque (art. 2.03.16, 2.03.17 et 2.03.18 du *Code de déontologie des médecins*). Il s'agissait d'un omnipraticien de près de vingt ans d'expérience qui possédait des privilèges mineurs en obstétrique à l'hôpital où il pratiquait. Lors de l'accouchement, le travail de la patiente ne progressa pas normalement et certains signes laissaient prévoir des complications et un accouchement difficile. Le médecin intimé, contrairement aux règlements en vigueur à l'hôpital concernant les grossesses à risque, ne consulta pas de spécialiste et décida d'accoucher la patiente à l'aide de forceps plutôt que par césarienne. Le bébé était mort à la naissance alors que la patiente décéda quelques heures plus tard.

Après avoir affirmé qu'il n'avait pas à déterminer si le médecin avait commis une faute ni à tenir compte des préjudices subis par la patiente, le Comité reconnaît la culpabilité du médecin puisque l'article 2.03.16 du Code de déontologie l'obligeait à consulter dans les circonstances. Cependant vu l'absence de dossier disciplinaire antérieur, (sauf une recommandation du Comité d'examen des plaintes quelques années auparavant, à l'effet qu'il aurait dû référer le cas d'une patiente à une clinique de grossesses à risque et consulter à ce sujet), vu qu'il était un médecin compétent et expérimenté et qu'il avait déjà subi une suspension de ses privilèges pendant deux mois, ordonnée par le Conseil d'administration de l'hôpital, le Comité décida de lui imposer une réprimande. Cette sanction fut accompagnée d'un rappel à

---

76. *Tribunal-médecins-2*, [1987] D.D.C.P. 312.



l'effet que la consultation fait partie de la qualité des soins que tout médecin doit prodiguer au patient.

Notons que dans cette cause, le syndic avait recommandé une sanction exemplaire soit une radiation temporaire de six mois vu les avertissements antérieurs.

Enfin dans *Comité-médecins-1* [1986] D.D.C.P. 85, un médecin avait procédé à un avortement sans avoir au préalable évalué adéquatement l'âge de la grossesse de la patiente. Cette erreur d'évaluation était de 14 semaines, c'est-à-dire que la grossesse était de 28 semaines alors qu'elle avait été évaluée à 14 semaines. Le médecin n'avait fait aucun examen et s'était fié à la déclaration de la patiente. Il avait de plus administré un médicament à cette occasion en ignorant les conséquences qu'il provoquerait. La patiente a, deux jours plus tard, accouché d'un garçon.

Comme l'intimé a agi de bonne foi, qu'il n'y avait aucun risque de récurrence et qu'il n'y a pas eu finalement de conséquences néfastes ni pour la mère ni pour l'enfant, le Comité condamne le médecin à une réprimande et à la moitié des frais.

Si nous avons choisi ces trois décisions particulières du Comité de discipline, ce n'est pas tant pour les faits auxquels elles font référence que pour illustrer le genre d'éléments sur lesquels se fonde le Comité lorsqu'il impose une sanction à un médecin.

C'est surtout l'élément «préjudice subi par le patient» qui nous semble le plus discutable. En effet, il arrive que le Comité utilise l'absence ou le peu de gravité des préjudices subis par le patient pour justifier une sanction légère. Par contre, le Comité refuse de considérer cet élément lorsque le préjudice subi est grave, en s'appuyant sur le fait qu'il ne constitue pas une instance civile. Il justifie ainsi l'imposition d'une sanction légère.

Lorsque le Comité de discipline décide de la sanction à appliquer, le critère de la «gravité des actes posés» nous semble certainement être déterminant par rapport à la notion de protection du public. S'il est logique de ne pas considérer le préjudice subi par le patient dans l'appréciation de la culpabilité ou de l'innocence du médecin vu la nature même du droit disciplinaire, il nous semble très difficile, sinon impossible, de ne pas en tenir compte pour décider de la sanction à imposer.

Il ne faut pas oublier que la considération de la gravité des actes posés dans la détermination de la sanction n'aura nullement pour effet de permettre

l'indemnisation de la victime et par conséquent de changer le fondement de la discipline professionnelle. La gravité d'une faute se compose de divers éléments dont la négligence plus ou moins grossière démontrée par le médecin, les circonstances particulières (degré d'expérience, statut de spécialiste, etc...), les antécédents, mais aussi les conséquences ayant découlé de la faute professionnelle.

Faire abstraction de cet élément, c'est vouloir faire abstraction des effets des comportements fautifs des professionnels sur le public et nier que la plainte origine souvent de l'occurrence de tels préjudices chez les patients. C'est, selon nous, contredire carrément une des raisons invoquées pour accorder à un groupe le statut même de professionnels.

Nous croyons enfin que le choix des sanctions imposées joue un rôle certain dans la confiance et l'utilisation faite par le public des recours disciplinaires. Nous en reparlerons en conclusion.

#### **D. Le Tribunal des professions**

Comme nous l'avons vu précédemment, le nombre de décisions portées au Comité de discipline est peu élevé comparativement au nombre de plaintes reçues par la Corporation des médecins. Le nombre de plaintes présentées au Tribunal des professions est encore plus réduit. De 1983 à 1986, les recueils de décisions disciplinaires ne rapportent que huit décisions.

Le syndic ne porte que rarement la décision du Comité de discipline en appel. Selon le syndic lui-même, les coûts de même que les délais encourus justifient en grande partie le choix du syndic de ne pas porter une décision en appel.

Par ailleurs, la plainte privée est tellement rare devant le Comité de discipline des médecins qu'un appel logé par un plaignant privé ne survient que fort occasionnellement.

Nous ne consacrerons donc qu'un court développement aux rôles et pouvoirs du Tribunal des professions sans pour autant vouloir minimiser son rôle quant à l'interprétation des lois et règlements en matière disciplinaire.

Le Tribunal des professions siège en appel de toute décision d'un comité de discipline, interjeté par le plaignant ou l'intimé<sup>77</sup>. Ce tribunal siège au nombre de trois juges de la Cour du Québec<sup>78</sup>. L'appel peut être logé de plein droit dans certains cas ou sur permission<sup>79</sup>. Il suspend l'exécution de la décision mais il est malgré tout possible d'en obtenir l'exécution provisoire<sup>80</sup>.

Le Tribunal des professions n'interviendra que si l'appréciation des faits par le comité de discipline est entachée d'une erreur grossière ou d'un abus de juridiction de nature à vicier la décision<sup>81</sup>.

Au niveau de l'appréciation de la sanction, le Tribunal n'interviendra que si le comité a utilisé arbitrairement sa discrétion<sup>82</sup> ou si la sanction est inappropriée, injuste et disproportionnée par rapport à la faute reprochée<sup>83</sup>. Le *Code des professions* prévoit en outre un certain nombre de dispositions relativement aux procédures et à la preuve devant le Tribunal<sup>84</sup>.

## CONCLUSION

Le législateur québécois, lors de l'élaboration de la réforme des professions en 1973, a réglementé l'application de la discipline par les corporations professionnelles. Les diverses dispositions du *Code des professions* relatives au code de déontologie, au syndic, au Comité de discipline et au Tribunal des professions visent à encadrer les activités disciplinaires des corporations. Cependant, alors que le législateur a délégué aux corporations des pouvoirs réglementaires importants et qu'il en contrôle l'exercice, il a aussi permis que les corporations professionnelles jouissent d'une certaine discrétion dans l'application de la discipline.

La Corporation des médecins a choisi, en utilisant son pouvoir d'adopter des résolutions pour créer des comités, de créer une instance disciplinaire supplémentaire non prévue par la loi. La création d'un tel comité n'est pas en soi surprenante si on tient compte des représentations faites par la Corporation lors de l'adoption du *Code des professions*. En effet, la

---

77. *Code des professions*, précité, note 1, art. 162.

78. *Id.*, art. 163.

79. *Id.*, art. 164.

80. *Id.*, art. 166.

81. *Tribunal-médecins-2* [1975] D.D.C.P. 77, 82-83; *Tribunal-médecins-7* [1976] D.D.C.P. 172, 178-179.

82. *Tribunal-médecins-10*, précité, note 68, 201.

83. *Tribunal-médecins-1*, précité, note 68.

84. Art. 162 et suiv.

Corporation réclamait la possibilité d'utiliser un tel mécanisme à deux temps pour appliquer la discipline<sup>85</sup>. Le législateur n'a cependant pas retenu cette demande.

Le rôle effectif joué par le Comité d'examen des plaintes nous paraît être celui d'un «tampon» entre le syndic et le Comité de discipline. Ce Comité qui, rappelons-le, n'étudie que les plaintes graves ou apparemment fondées, dévie, réfère ou règle carrément les plaintes qui lui sont soumises. Les critères utilisés pour rendre de telles décisions (le syndic parlerait plutôt ici de recommandations) sont inconnus. Il semble que ce soit sur la base de leurs connaissances professionnelles spécialisées et de leur expérience pratique que les membres de ce Comité jugent des dossiers. Cependant, on tient compte aussi lors de la prise de décision de référer la plainte devant le Comité de discipline, des chances possibles de gagner la cause<sup>86</sup>.

Ce qui caractérise le processus décisionnel du syndic et du Comité d'examen des plaintes, c'est son hermétisme. En effet, tant les procédés utilisés que les motifs sur lesquels leurs décisions se fondent, sont tenus à l'écart de toute publicité.

La protection du public se joue, selon nous, à ces niveaux. Le très grand nombre de plaintes évacuées avant l'étape du Comité de discipline donne en effet à penser que le processus disciplinaire demeure déterminé par les professionnels eux-mêmes et ce, en dehors de tout contrôle impartial extérieur. Le fait que des administrateurs nommés se retrouvent au nombre de deux sur le Comité d'examen des plaintes n'assure en aucune façon l'impartialité et l'opportunité des décisions qui y sont prises.

Par ailleurs, les sanctions imposées par le Comité de discipline résultent de l'exercice d'une discrétion prévue par la loi. Bien qu'il existe une possibilité de contrôle de l'opportunité d'une sanction donnée de même que de la légalité de cette sanction par le Tribunal des professions, le nombre de décisions portées en appel est tellement infime que ce contrôle n'est pas effectif.

La possibilité pour un citoyen de porter lui-même directement sa plainte au Comité de discipline est intéressante, mais encore là, elle n'est que très rarement utilisée. Le syndic lui-même nous a confié qu'il ne collaborait

---

85. COLLEGE DES MEDECINS ET CHIRURGIENS DE LA PROVINCE DE QUEBEC, *Mémoire sur le Code des Professions*, Montréal, 1972.

86. Communication du syndic de la Corporation professionnelle des médecins du Québec, voir *supra*, note 32.

d'ailleurs en aucune façon avec le plaignant privé pas plus qu'il n'acceptait de témoigner au Comité de discipline dans ces cas. Selon lui, ce mécanisme est inutile et ne sert qu'aux plaignants mécontents de la décision du syndic alors qu'il n'y a aucun fondement à la plainte et que le problème peut très bien être réglé autrement que par le Comité de discipline.

Le peu d'utilisation de ce mécanisme s'explique par ailleurs facilement. Selon nous, c'est moins la méconnaissance du public de cette possibilité ou même de l'existence des recours disciplinaires que le peu de confiance qu'il accorde aux corporations professionnelles pour assurer la discipline et protéger le public qui explique cette situation.

Une décision récente du Tribunal des professions vient par ailleurs d'ajouter un élément dissuasif supplémentaire à l'utilisation du mécanisme de plainte privée. En effet, le Tribunal des professions, siégeant en appel d'une décision du Comité de discipline ayant retenu deux (2) chefs d'accusation sur quatre (4) à l'encontre d'un médecin et ayant condamné la plaignante au paiement de la moitié des frais, a renversé la décision du Comité de discipline. Ce faisant, le Tribunal rejeta l'ensemble de la plainte et, utilisant la discrétion qui lui est conférée par la loi, condamna la plaignante aux frais. La plaignante a donc dû faire face à des déboursés d'environ \$25,000, dont environ \$3,000, de frais, le reste de la somme représentant les frais et honoraires de son avocat<sup>87</sup>. La possibilité pour le plaignant privé d'être condamné aux frais peut donc certainement avoir pour effet de rendre à toutes fins pratiques nulle l'utilisation de ce recours, dont la finalité, soulignons-le, n'est en aucune façon la compensation financière du préjudice subi par le plaignant. Ainsi, les résultats de l'enquête faite par l'Office des professions en 1980 de même que celle faite par l'Office de protection du consommateur la même année, indiquent que les gens n'ont pas confiance en l'efficacité des recours prévus. Dix-huit pourcent des gens interrogés croient que les corporations professionnelles servent à protéger le public alors que trente-six pour cent croient plutôt qu'elles protègent les intérêts de leurs membres. Seulement quatre pourcent des gens se disent bien protégés contre les professionnels malhonnêtes ou incompetents.

Des quarante pour cent des répondants qui disaient avoir déjà eu des motifs de se plaindre, quarante-sept pour cent ne l'ont pas fait parce qu'ils ne croyaient pas aux résultats. Ce sont les personnes les plus jeunes et les

---

87. Tribunal des professions, Plainte no:24-86-00203, C.P. 350-07-000001-887, décision du 20 février 1990.

plus instruites qui sont les plus insatisfaites des services et les plus renseignées sur les recours possibles.

Pour notre part, nous croyons que le processus disciplinaire gagnerait grandement en crédibilité et surtout en efficacité pour la protection du public, s'il relevait dans un premier temps d'une instance extérieure à la corporation. L'argument selon lequel il est nécessaire d'être soi-même professionnel pour juger des actes d'autres professionnels ne tient pas, surtout si l'on tient compte du fait que le syndic de la Corporation professionnelle des médecins nous confiait qu'il recourait à des experts ou au Comité d'examen des plaintes, entre autres, parce qu'il avait lui-même cessé de pratiquer depuis longtemps. Le mécanisme décisionnel de cette instance extérieure devrait par ailleurs être susceptible de révision.

A notre avis, le public comprend fort bien la finalité et l'efficacité toute relative des recours qu'on lui propose. Avec ce que laissent entrevoir les différentes données présentées précédemment, peut-on lui donner tort?

## TABLEAU I

|                    |                                                                                                                                                |     |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1990) 21 R.D.U.S. | Le processus disciplinaire,<br>les obligations du Code de déontologie<br>et la protection du public<br>à la corporation des médecins du Québec | 249 |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|



Le processus disciplinaire,  
les obligations du Code de déontologie  
et la protection du public  
à la Corporation des médecins du Québec

(1990) 21 R.D.U.S.

|                    |                                                                                                                                                |     |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1990) 21 R.D.U.S. | Le processus disciplinaire,<br>les obligations du Code de déontologie<br>et la protection du public<br>à la corporation des médecins du Québec | 251 |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## TABLEAU II

|                    |                                                                                                                                                |     |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1990) 21 R.D.U.S. | Le processus disciplinaire,<br>les obligations du Code de déontologie<br>et la protection du public<br>à la corporation des médecins du Québec | 253 |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

### TABLEAU III

Le processus disciplinaire,  
les obligations du Code de déontologie  
et la protection du public  
à la Corporation des médecins du Québec

(1990) 21 R.D.U.S.

|                    |                                                                                                                                                |     |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1990) 21 R.D.U.S. | Le processus disciplinaire,<br>les obligations du Code de déontologie<br>et la protection du public<br>à la corporation des médecins du Québec | 255 |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## ANNEXE I



|                    |                                                                                                                                                |     |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1990) 21 R.D.U.S. | Le processus disciplinaire,<br>les obligations du Code de déontologie<br>et la protection du public<br>à la corporation des médecins du Québec | 257 |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## ANNEXE II



Le processus disciplinaire,  
les obligations du Code de déontologie  
et la protection du public  
à la Corporation des médecins du Québec

(1990) 21 R.D.U.S.

|                    |                                                                                                                                                |     |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1990) 21 R.D.U.S. | Le processus disciplinaire,<br>les obligations du Code de déontologie<br>et la protection du public<br>à la corporation des médecins du Québec | 259 |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

Le processus disciplinaire,  
les obligations du Code de déontologie  
et la protection du public  
à la Corporation des médecins du Québec

(1990) 21 R.D.U.S.

|                    |                                                                                                                                                |     |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1990) 21 R.D.U.S. | Le processus disciplinaire,<br>les obligations du Code de déontologie<br>et la protection du public<br>à la corporation des médecins du Québec | 261 |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

Le processus disciplinaire,  
les obligations du Code de déontologie  
et la protection du public  
à la Corporation des médecins du Québec

(1990) 21 R.D.U.S.

|                    |                                                                                                                                                |     |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1990) 21 R.D.U.S. | Le processus disciplinaire,<br>les obligations du Code de déontologie<br>et la protection du public<br>à la corporation des médecins du Québec | 263 |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

- Titre :** CET OBSCUR OBJET DU DÉsir.  
Présentation de l'avant-projet de loi français relatif aux sciences de la vie et aux droits de l'homme
- Auteur(s) :** Gérard MÉMETEAU
- Revue :** RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 1
- Pages :** 269-288
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13437>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13437>

*Page vide laissée intentionnellement.*



# **CET OBSCUR OBJET DU DESIR\***

**Présentation de l'avant-projet de loi français relatifs  
sciences de la vie et aux droits de l'homme.**

par Gérard MEMETEAU\*\*

En France, au printemps 1989, fut connu un avant-projet de loi proposant un règlement d'ensemble des principales questions bioéthiques. L'auteur en présente une analyse dans l'idée que la générosité et l'imprudence peuvent colorer une même encre!

---

\*. Le présent texte, issu d'une conférence donnée devant les étudiants de maîtrise de droit de la santé de la Faculté de droit de Sherbrooke le 15 septembre 1989, en a conservé le caractère un peu informel, sinon spontané. Nous remercions monsieur le professeur Lavoie d'avoir bien voulu en permettre la publication. Mesdames les professeurs Nootens et Lussier avaient présenté, dans la même rencontre, leurs rapports sur les procréations artificielles en se plaçant sur le terrain du droit canadien.

\*\*. Docteur en droit, Maître de conférences à la Faculté de droit de Poitiers.

**SOMMAIRE**

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| <b>INTRODUCTION</b> .....                        | 271 |
| <b>I) L'appropriation de la vie</b> .....        | 276 |
| A) La fabrication de l'enfant .....              | 277 |
| B) La destruction de l'enfant .....              | 281 |
| <b>II) L'appropriation de la filiation</b> ..... | 285 |
| A) La filiation cédée .....                      | 285 |
| B) La filiation obscure .....                    | 289 |
| <b>CONCLUSION</b> .....                          | 290 |

## INTRODUCTION

«Il s'agit donc de substituer à l'éthique courante, partagée par la majorité des hommes, une éthique nouvelle»<sup>1</sup>.

Au cours du mois de mars 1989 fut divulgué, avec une relative discrétion, un modèle législatif intitulé: «Avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme»<sup>2</sup>. Cet ensemble de textes destinés à modifier ou compléter le Code civil et le Code de la santé publique, était accompagné d'un rapport de présentation constituant un large et exhaustif exposé des motifs, nouveau rapport préliminaire dans le goût et le style de Portalis! C'est que, par lettre du 5 septembre 1988, le Premier Ministre avait donné mission à un groupe interdisciplinaire présidé par M. le Conseiller d'Etat Braibant<sup>3</sup> de «donner à la recherche, à la médecine ainsi qu'aux familles, un cadre juridique mettant fin aux incertitudes et aux incohérences actuelles»<sup>4</sup> dans les divers domaines de la bioéthique. Au même moment s'annonçait la présentation et le vote de la proposition devenue la Loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales<sup>5</sup>.

Déjà, en février 1986, avait été remis au Premier Ministre un rapport sur «les procréations artificielles», établi après recension des diverses opinions. Au plus haut niveau de l'Etat, ceci est notoire, l'on veut bien manifester un intérêt soutenu pour ces questions et difficultés infiniment délicates puisqu'elles mettent en cause la vision de la société et de la science sur l'homme au moment de sa plus grande fragilité!

Les auteurs de l'avant-projet sont ceux-là mêmes du rapport du Conseil d'Etat intitulé Sciences de la vie: de l'éthique au droit (mais les deux

- 
1. Débats du Sénat, J.O., 13 décembre 1974, 2883, (Paul Caron) discutant du projet de loi devenu la Loi no 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, J.O., 18 janvier 1975, 739, B.L.D. 1975. 48 [ci-après Loi du 17 janvier 1975].
  2. J.-Y. Nau, «Le modèle français de l'éthique médicale» Le Monde (3 Mars 1989) 12; X. Thévenot, «Embryons: l'inacceptable» Le Monde (17 mars 1989) 2; J. Lansac, «Procréation assistée: la reconnaissance» Le Monde (17 mars 1989) 2. Voir en particulier l'analyse du projet par D. Vigneau, Annales, Université de Toulouse, 1989, p. 166, et par Mme Touvenin, Colloque IDEDH, Montpellier, 29 oct. 1990.
  3. L'avant-projet est souvent cité «projet Braibant».
  4. Tiré de J.-Y. Nau, «Le corpus du corps» Le Monde (3 mars 1989) 12.
  5. Loi no 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, J.O., 22 décembre 1988, 16032, A.D.L. 1989. Lég. 12 [ci-après Loi du 20 décembre 1988], *Décret 27 septembre 1990*, J.C.P. 1990. III.64215.

documents présentent certaines différences). Certains d'entre eux appartiennent aussi au Comité consultatif national d'éthique...

L'avant-projet propose de régler:

- l'intégrité et l'incessibilité du corps humain,
- le diagnostic prénatal,
- le statut des comités d'éthique (il retouche la Loi du 20 décembre 1988 sur ce point et confirme l'institution du Comité national d'éthique<sup>6</sup>),
- de l'utilisation des organes et produits du corps humain<sup>7</sup>,
- la procréation médicalement assistée,
- le traitement des données nominatives ayant pour fins la connaissance, la protection ou l'amélioration de la santé<sup>8</sup>.

L'avant-projet est donc riche d'ambitions. Notre propos sera plus modeste: nous ne traiterons que de quelques aspects du texte. Un statut global de «l'homme bioéthique» en forme le contenu. Faut-il légiférer?

Si l'on ne veut que consacrer en articles de codes des principes communément admis, enseignés par la doctrine, affirmés par la jurisprudence, légiférer est superflu. Il n'y a pas alors de vide juridique à combler (le mythe du vide juridique!). La loi superflue affaiblit la force de celles qui seraient nécessaires, et le bourdonnement législatif remplace cet heureux silence rêvé par le doyen Carbonnier! Pourquoi, par exemple, inscrire dans le Code civil ce que les tribunaux ont dit depuis longtemps: «Chacun a droit au respect de son corps ...», «Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité du corps humain sans le consentement de l'intéressé, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique d'urgence à laquelle il n'est pas à même de consentir, ou sauf permission de la loi»?

Si l'on veut adapter le droit au fait, l'utilité d'écrire une loi s'impose. Certains redoutent alors l'effet dynamique de telles législations, la légitimation du licite par la seule affirmation qu'il est licite. Guy Raymond exprime cette inquiétude: «Ce qui est licite a tendance à devenir moral:

- 
6. Cette haute instance ne pouvait poser des normes en matière d'état des personnes, qui relève du pouvoir législatif. Cette légalisation est-elle un pas vers l'établissement d'un pouvoir normatif du Comité? En l'état, l'article L. 209.26 du projet Braibant ne le suggère pas: «le Comité rend des avis à caractère général...» Mais la discussion est ouverte.
  7. Les prélèvements d'organes sur des personnes vivantes et sur des cadavres relèvent à ce jour des dispositions de la Loi no 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, J.O., 23 décembre 1976, B.L.D. 13 (loi dite «Caillavet») et du Décret no 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, J.O., 5 avril 1978, 1530, B.L.D. 249.
  8. G. Raymond, à propos de l'avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme, Poitiers, Centre théologique, 7 octobre 1989, inédit.

dans cette perspective, il y a fort à parier que cet avant-projet (s'il devient loi dans son état actuel) serve de tremplin à des chercheurs peu soucieux d'éthique pour obtenir ultérieurement de nouveaux progrès législatifs»<sup>9</sup>.

L'avant-projet intervient en un temps qui nous paraît être celui d'un vaste combat pour la conservation ou la conquête du pouvoir bioéthique. Il n'est pas indifférent de constater que, depuis l'institution du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé<sup>10</sup> et la diffusion de ses premiers avis, diverses réunions importantes se sont tenues où l'on s'est demandé s'il faut ou non légiférer sur ces questions et, si oui, comment. Le colloque Génétique, procréation et droit (janvier 1985), le colloque Patrimoine génétique et droits de l'humanité (octobre 1989) et le futur congrès d'Ethique médicale qu'organisera en 1991 l'Ordre national des médecins, offrent des exemples de ces rencontres essentielles. Le Comité national d'éthique a exprimé ses opinions et tenu lui-même ses assises annuelles; l'Ordre national des médecins a émis ses recommandations; le rapport *De l'éthique au droit* a été rédigé; d'autres comités ou conseils interviennent... La préparation de la Loi du 20 décembre 1988 a aussi été l'occasion d'une protestation. Le Sénateur Sérusclat a déclaré: «Je me permettrai d'attirer l'attention sur ce qui, en définitive, derrière une convergence, pourrait devenir une concurrence. Il ne faudrait pas, en effet, que l'initiative parlementaire glisse tout à coup vers des structures, si prestigieuses soient-elles (Conseil d'Etat et Comité national d'éthique) (...) Ainsi, peu à peu, nous sommes limités dans nos réflexions, dans nos décisions, dans notre capacité d'imagination et donc dans notre initiative parlementaire...»<sup>11</sup>

Il n'est que naturel, sinon nécessaire et en tout cas utile, que le débat bioéthique s'élargisse et soit le fait de multiples instances. Mais, où se trouve aujourd'hui le pouvoir? Le Comité national d'éthique donne son avis sur les problèmes moraux soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé; l'Ordre des médecins veille au maintien des principes de moralité indispensable à l'exercice de la médecine. Une rencontre du 16 novembre 1989 sur «l'éthique biomédicale et le droit» fait présenter le projet par M. le Président Braibant et parler M. le Président Bernard. Le rapprochement du groupe de travail et du Comité national d'éthique suppose-t-il que ce dernier approuve le contenu de l'avant-projet? Certains n'en sont point encore convaincus ... bien au contraire. Le législateur ne peut se laisser déposséder par des pouvoirs «parallèles» mais hésitait naguère encore à s'avancer sans le soutien d'avis

---

9. G. Raymond, *id.* note 8.

10. Décret no 83-132 du 23 février 1983, J.O., 25 février 1983, 630.

11. *Débats du Sénat*, J.O., 13 octobre 1988, 543.

éthiques officieux et respectables; les instances scientifiques peuvent souhaiter élaborer des règles de bonne conduite en espérant que cette autorégulation dispensera la puissance publique d'intervenir sauf pour consacrer ces règles. Or, tout justifie ce mot de madame Labrusse-Riou: «Savoir et pouvoir renvoient dans l'illusion la référence à un ordre naturel ou divin et laisse les individus orphelins de références supérieures. La sacralisation de la science par les mentalités ou les médias transforme l'instance de vérité relative qu'elle est, en instance de légitimité qu'elle n'est pas, et tout le possible de la science devient pouvoir de droit»<sup>12</sup>.

L'avant-projet s'inscrit dans ce contexte, ainsi que dans celui d'une internationalisation des pouvoirs biomédicaux et d'une réflexion sur ses limites (Colloques de Fontainebleau, de Mayence; résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe; multiplication des manifestations législatives en de nombreux pays; publication des rapports Warnock, Benda, de l'Ontario Law Reform Commission, etc.)

L'avant-projet n'a point encore été présenté devant le Parlement. Certains arbitrages semblent nécessaires. Des oppositions se sont déjà cependant dessinées, mettant en relief le caractère délicat de certains des textes proposés, leur incompatibilité avec l'affirmation de certains droits fondamentaux de la personne humaine alors que le document se pare du voile des droits de l'homme<sup>13</sup>! Des autorités morales semblent avoir exprimé leurs réserves; des parlementaires, informés d'abord de l'existence, ensuite du contenu, de l'avant-projet ont commencé à manifester leur intérêt, voire leurs réticences. Fin août 1989, un parti politique a inclus une réflexion sur ce document dans les travaux de son «université d'été»... Il semble que l'un des premiers «forum» où l'avant-projet de loi ait été présenté fut le Colloque de l'AMADE sur «l'enfant au risque de la science»<sup>14</sup>. Une note de présentation d'une rencontre parlementaire du 16 novembre 1989 énonce: «Nous serons sans doute amenés à discuter un jour de tous ces problèmes au sein de notre assemblée (Assemblée nationale), ce débat nous y

---

12. C. Labrusse-Riou, «La vérité dans le droit des personnes - Rapport français», dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *La vérité et le droit*, t. XXXVIII, 1987, Paris, Economica, 1989, p. 103, à la page 106.

13. G. Raymond «Bioéthique ou peur du gendarme?» *La Croix* - L'événement (8 juin 1989); X. Thévenot, loc. cit., note 2; O. de Dinechin, «Bioéthique et loi française», *Cahiers* 36, avril 1989; G. Mémeteau, *Lecture critique de certaines dispositions de l'avant-projet de loi*, Nice Institut Droit de la Paix, 1989. Voir H. Péquignot et J.-P. Alméras, «La périconceptologie ou procréatique», dans J.-M. Auby (dir.) *Droit médical et hospitalier*, vol. 2, Paris, Litec, 1988, fasc. 132, également des mêmes auteurs «Problèmes concernant l'utilisation du corps humain», fasc. 133 du même traité: Confédération des juristes catholiques de France, *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Actes du VI<sup>e</sup> Colloque National des juristes catholiques, (Paris, novembre 1985), Téqui, 1986, 190 p., préface Cardinal Gagnon.

14. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 10 avril 1989.

préparera». Pour certains, l'avant-projet de loi pourrait être présenté par tranches devant le Parlement, soit à titre autonome, soit à l'intérieur de textes généraux, ce qui ne serait point maladroit...<sup>15</sup>

Mais, au plus haut niveau décisionnel, on paraît hésiter: deux ministres concernés expriment des opinions différentes... En la forme, «cet avant-projet est... très éloigné de la déclaration de 1789: il s'agit beaucoup plus d'une réglementation de la même veine que celle relative à la protection du consommateur, que d'une grande déclaration de principes comme peut l'être la déclaration des droits de l'homme»<sup>16</sup>. Mais surtout, au fond, «insidieusement, les concessions faites à la recherche scientifique remettent en cause la conception traditionnelle de l'homme sujet, telle qu'elle pouvait se manifester dans notre droit positif, tout particulièrement à propos du statut juridique de l'embryon»<sup>17</sup>. En effet, dans les «laboratoires» législatifs risquent de se préparer l'appropriation de la vie et celle de la filiation.

#### D) L'appropriation de la vie

Le titre V de l'avant-projet relatif à la procréation médicalement assistée procède du constat énoncé au rapport selon lequel «la procréation médicalement assistée est aujourd'hui d'abord un fait»; le droit consacre ce fait. Cette activité est, juge le Conseil d'Etat, «un aspect de la cure médicale de la stérilité»<sup>18</sup>. Elle n'est pas que cela, en supposant même que les procréations artificielles traitent la stérilité. L'article L. 668.10 parle de pratique de ces actes médicaux uniquement en cas de stérilité ou de «forte probabilité de transmettre une affection considérée comme incurable» (eugénisme latent et involontaire). Le rapport Warnock<sup>19</sup> recommandait que le don d'embryon fût accepté «comme étant un traitement de la

---

15. J.Y. Nau, «M. Claude Evin se prononce en faveur d'une loi sur la bioéthique» *Le Monde* (11 novembre 1989) 16: «Il semble donc très vraisemblable aujourd'hui que l'on s'orientera vers un "tronçonnage" de l'avant-projet (...). Le 21 septembre 1989, la Commission nationale consultative des droits de l'homme s'est prononcée en faveur d'une législation rapide sur les problèmes de bioéthique. Début mars 1990, l'avant-projet ne paraissait pas être en voie de présentation immédiate, sauf erreur; en revanche, la Loi no 90-86 du 23 janvier 1990 (J.O. 25 janvier, 1009, A.L.D. Lég. 119) a partiellement modifié la réglementation des nouveaux comités locaux d'éthique, et deux propositions de loi déposées par Mme le Député Boutin et M. le Sénateur Seillier demandent la protection de l'enfant depuis la «conception» ou «fécondation»... Le présent texte était sous presse lorsque, le 18 juillet 1990, le Comité national d'éthique a émis ses avis sur l'organisation et les conséquences du don de gamètes, et sur les recherches sur embryon visant à permettre un diagnostic génétique avant transplantation.

16. G. Raymond, loc. cit., note 8.

17. Id.

18. Cons. d'Etat, 21 juillet 1989, D. 1989. I.R. 247, J.C.P. 1989. 4310; voir les observations de J.-M. de Forges dans (1990) 1 *Rev. Droit sanit. et soc.* 79.

19. Department of Health and Social Security, Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilization and Embryology, London, 1984 (comité Warnock).

stérilité». Le comité du Barreau du Québec souligne pour sa part: «La possibilité de créer des embryons, de les congeler, d'expérimenter sur eux, soulève par exemple, directement et de façon claire, une question à la fois philosophique, théologique et juridique, épineuse et importante: celle du statut du fœtus et de l'embryon»<sup>20</sup>. Fabriquer un enfant selon le désir que l'on en a, d'abord, le détruire selon le désir que l'on n'en a plus, ensuite, constituent les formes d'appropriation de la vie humaine consacrées par l'avant-projet de mars 1989, des auteurs duquel la générosité se révèle surprise.

#### A) La fabrication de l'enfant

L'article L. 668.1<sup>21</sup> de l'avant-projet dispose: «La procréation médicalement assistée s'entend de celle qui résulte soit de l'insémination opératoire d'une femme avec le sperme de son mari, de son compagnon ou d'un tiers, soit de la fécondation in vitro grâce aux gamètes du couple ou du tiers, soit d'un autre procédé équivalent». Un apport de gamètes réalisera un projet de parenté.

L'article L. 668.4 définit le don de gamètes en montrant le lien l'unissant à ce projet: «Le don de gamètes s'entend de l'apport de sperme ou d'ovocytes à la procréation médicalement assistée, en vue de contribuer au projet parental d'autrui».

Ce don s'effectue avec le support d'un double consentement: celui du couple auquel appartient le donneur (art. L. 668.5) et celui du couple receveur (art. L. 668.11), solution implicite. Cette transmission d'une hérédité, d'une part d'enfant pour ainsi dire, est donc une acte grave, au point que seul un couple peut en profiter (couple légitime ou concubins). Le rapport s'en explique: «La femme qui vit seule aurait le pouvoir d'empêcher que son enfant conçu par cette technique ait un père - ce qu'elle ne peut faire dans la famille naturelle puisqu'elle n'a pas la faculté d'interdire la reconnaissance par le père. Il n'y a pas de parallèle possible avec l'adoption d'un enfant par une personne célibataire puisqu'en cas d'adoption, il s'agit de prendre en charge un enfant déjà né et qui a été abandonné, alors qu'ici il s'agit de concevoir un enfant qui serait destiné à

---

20. Barreau du Québec, Rapport du comité sur les nouvelles technologies de reproduction, avril 1988, supplément à (1988) 48 *R. du B.*, juin 1988, p. 13. Droit pénal et techniques biomédicales modernes, Vienne, octobre 1989; les rapports, débats, et pré-résolutions du Congrès A.I.D.P. tenu à Freiburg im Breisgau en septembre 1987 sont publiés: (1988) 59 *Rev. int. dr. pén.* 549.

21. Du futur Code de la santé publique rénové.



être privé de père à l'origine»<sup>22</sup>. L'apport de sperme ou d'ovocytes est gratuit: on le qualifie de don, et l'on veut éviter la spéculation sur la cession d'éléments de la personne. La gratuité est déjà la règle en matière de cession de sang humain, de dons d'organes, comme en matière de recherches biomédicales (Loi du 20 décembre 1988). N'est-ce pas un des pièges du discours bioéthique contemporain?

Les auteurs de l'avant-projet, et du rapport De l'éthique au droit, ceux de la Loi du 20 décembre 1988, posent le postulat d'une acceptabilité des actes gratuits opposée à l'horreur des actes rémunérés. C'est un faux-problème, car la question est celle de l'objet de l'acte, et non de sa rémunération, étant entendu que celle-ci apporterait un surcroît d'illégitimité. Un don prétendu généreux demeure illégitime s'il porte sur un élément de la personne. Donner des gamètes est transmettre à autrui son «potentiel génétique» de la même façon que les vendre; donner un embryon est transmettre à autrui la propriété d'un être humain aussi bien qu'en le vendant; prêter un utérus est aussi immoral que le louer («Is the womb a rentable space?» s'interrogeait-on naguère)...

Les mots sont ambigus! Le terme «don» est choisi «par similitude avec des expressions voisines», mais sans référence «à la notion juridique de don laquelle implique la patrimonialité de ce qui est donné»<sup>23</sup>. Cette imprécision étant fournie, le rapport ne qualifie pas pour autant ce don qui n'en est pas un. Pour autant, l'acte a un objet dont le transfert, même à titre gratuit, est un indice de patrimonialité, même si d'éminents auteurs sont plus nuancés: «Enfin et surtout, le libre choix, par chacun, de ses placements génétiques accrédirait l'idée que les forces génétiques sont, pour celui qui les produit, des biens dont il peut librement disposer, des éléments de son patrimoine. Or, il paraît essentiel de faire prévaloir une analyse contraire: que les forces génétiques, source de vie, ne sont pas dans le patrimoine de celui qui les crée; que, s'il en est évidemment le maître pour la procréation de sa propre descendance, comme émanation de sa personne et prolongement de sa personnalité, il ne dispose pas comme un bien de propriété de ce qui, détaché de lui, devient un matériel génétique destiné à une procréation qui lui est étrangère. La potentialité de ces forces pour la perpétuation de l'espèce les place au-dessus de la volonté de celui qui ne les investit pas dans sa propre descendance.

C'est par une figure de langage, afin d'en traduire le caractère bénévole, que l'on parle de don de sperme ou de don de sang. Cet emprunt au

---

22. Ces observations s'éloignent de l'analyse proposée par M. Badinter dans son discours de Vienne du 20 mai 1985; voir Rapport du comité du Barreau du Québec, op. cit., note 20.

23. Rapport préliminaire.

vocabulaire des libéralités tend seulement à exprimer la gratuité du geste sans postuler la patrimonialité de son objet, au moins pour celui qui le fournit de son corps<sup>24</sup>». Cependant, le problème rebondit. Si le don personnalisé est exclu, qu'en est-il de l'abandon anonyme?

La référence à la générosité du donneur, à son altruisme rappelle les vertus dont ont été crédités les sujets «qui se prêtent» à la recherche biomédicale, récemment. Elle ne doit pas masquer une difficulté de principe mise en relief par la Cour d'appel de Toulouse:

«Attendu qu'ainsi qu'il a été excellemment écrit, le corps humain ne peut faire l'objet d'actes d'appropriation ou de disposition, il fait en effet partie du domaine de l'être et non pas de celui de l'avoir; à la différence du don d'organe, le don de sperme aboutit à donner à l'enfant à naître l'être même du donneur, et l'autoriser aboutit à faire de la personne humaine une chose; pareil don heurte en outre de front le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, celui-ci ne pouvant faire l'objet de cessions à titre onéreux ou gratuit; dès lors tant la cause que l'objet d'une convention passée entre époux ou concubins tendant à un recours à un tiers donneur de sperme ou à une femme donnant ses ovules présentent un caractère illicite tout comme la cause en est également illicite; elle est par suite nulle et en outre fautive au regard de l'intérêt de l'enfant à naître»<sup>25</sup>.

Les forces génétiques de la personne sont-elles même cessibles? Les gamètes sont porteurs d'indications héréditaires; leur utilisation au profit du couple receveur introduit dans la relation de ce couple non pas un enfant en soi, objet du désir, mais l'enfant d'autrui, avec les données génétiques que ceci implique.

Le don, altruiste ou supposé tel, introduit une participation d'autrui à la création de l'enfant du couple receveur, par définition même.

L'avant-projet met l'accent sur la contribution «au projet parental d'autrui» (art. L. 668.4, 668.7, 668.12), mais ni les articles proposés ni le rapport ne définissent celui-ci. Sauf omission, le rapport De l'éthique au droit, qui en fait état, n'est pas plus précis. N'est-ce pas le désir d'enfant tout simplement, que l'on éprouve, que certains subissent, que d'autres

---

24. G. Cornu, «La procréation artificielle et les structures de la parenté», (1986) *Rev. Ordem Advogados*, Lisbonne, 453.

25. Toulouse, 21 septembre 1987, D.1988.Jur.184 (note D. Huet-Weiller), J.C.P. 1988.II.21036 (obs. E.S. de la Marnierre).

abandonneront avant qu'il ne soit réalisé? Un noble mot ne couvre qu'une volonté personnelle reconnue changeante (ex. art. L. 670). L'aspect positif de l'existence du concept est l'implantation de limites au don de gamètes et d'embryons, et à la fabrication d'embryons: «Il est interdit de constituer des embryons humains in vitro dans tout autre but qu'un projet parental de procréation (...)»<sup>26</sup>. On ne pourra pas, par exemple, procréer un enfant pour qu'il serve de banque d'organes. L'aspect négatif en est la reconnaissance d'un droit à l'enfant. «Il y aurait alors droit à l'enfant sans que celui-ci soit pour autant institué, sauf identification du désir et du droit individuel, alors que la patria potestas obéissait, en droit romain, à une conception politique et civique aujourd'hui révolue et peut-être renaissante (...) Le droit de l'homme en tant que droit de procréer un enfant en viendrait à détruire le droit de l'enfant d'être un sujet autonome non livré au seul pouvoir des volontés ou des désirs des autres»<sup>27</sup>. L'enfant est objet d'un droit subjectif à sa fabrication; logiquement, lorsque le désir s'estompe, il est l'objet du droit à sa destruction, son meilleur sort étant d'être donné à un couple d'accueil en désir d'enfant.

#### B) La destruction de l'enfant

Le texte de l'avant-projet prend acte de la fécondation d'embryons surnuméraires, ou excédentaires par rapport au projet parental. Si le projet n'est d'avoir qu'un enfant, pourquoi obliger les parents à conserver les enfants non désirés, accidents de la science? Leur avortement in vitro est donc prévu, ou bien leur cession, soit à la recherche scientifique, soit à d'autres couples acquéreurs de l'enfant.

Le rapport énonce quelques règles techniques:

- l'embryon excédentaire ne peut être conservé au-delà de cinq années;
- à l'intérieur de ce délai, et «à la condition formelle que le projet parental a d'abord et déjà été réalisé», ce qui ne signifie pas que l'enfant voulu soit né mais qu'il a été fécondé et accepté, l'embryon in vitro peut être donné à un couple stérile ou susceptible «de transmettre probablement une affection reconnue comme incurable» ou bien donné pour la recherche s'il a moins de sept jours (ou quatorze, art. L. 672). La recherche suppose l'avis du Comité national d'éthique. On mesure l'imprudence qu'il y a à

---

26. Art. L. 669 et 676.1; voir en ce sens Barreau du Québec, op. cit., note 20.

27. J.L. Baudouin et C. Labrusse-Riou: *Produire l'homme: de quel droit?* Paris, P.U.F. 1987, p. 152.

affirmer que «il n'en demeure pas moins que, à aucun des stades de sa vie *in vitro* l'embryon ne peut être traité comme une chose», et que la société «doit formuler des normes pour traduire le respect que commande (sa) potentialité». Le principe du don de la personne est consacré; les articles du projet de loi formulent même la capacité d'exigence de sa destruction (art. 670) en cas d'abandon du projet parental. Le document de décembre 1989 du Comité national d'éthique sur les conditions des recherches sur l'embryon *in vitro* s'oriente dans cette direction.

Est permise, dans les termes des articles de l'avant-projet, la fécondation *in vitro* pour la réalisation du «projet parental», sans limitation du nombre des embryons créés. Le phénomène des embryons excédentaires est consacré, ce qui explique les dispositions qui suivent, et ce qui traduit fort bien la considération de l'embryon *in vitro* comme simple objet.

Et dans l'art. 670, il faut comprendre que:

- la caducité du projet parental,
- la volonté commune des parents,
- l'expiration du délai (5 ans),

entraînent la destruction de l'embryon *in vitro*. On parle de destruction d'une chose, et non d'une personne; le choix du mot est significatif. Par exemple, l'enfant fécondé avant le divorce ou la séparation de fait est destructible.

Ceci veut dire que les parents sont titulaires du droit de réclamer la mort de leur enfant *in vitro*.

Quant à l'article L. 671, il régleme le don d'embryon. Le refus de la maternité de substitution n'est, dans cette perspective, plus logique du tout!

- Délai de cinq ans après la fécondation,
- contribution au projet parental d'autrui,
- subsidiarité par rapport au projet des géniteurs,
- conditions des art. 668.4 à 668.11 (dont anonymat)

telles sont les conditions de ce don d'une personne au moins potentielle. L'art. L. 672 introduit implicitement le concept de pré-embryon accepté depuis quelques années déjà aux Etats-Unis et facilitant une mise hors-la-loi arbitraire du produit des premiers jours (7 ou 14) de la fécondation.

Le texte subit l'influence de la logique qui, depuis 1975, enserme l'enfant conçu, celle de la puissance de la volonté individuelle sur la vie d'autrui, de la conception de l'enfant comme un moyen de satisfaction de la personne et de la science.

Dès lors que le droit «sur» l'enfant a été consacré par la Loi du 17 janvier 1975, les barrières élevées entre l'enfant et son appropriation s'abaissent toutes fatalement. Un droit «à» l'enfant n'est plus que le «droit» de le créer s'ajoutant à celui de le détruire, et rejoignant ce pouvoir dans le «droit» d'exiger la destruction de l'embryon en cas d'abandon du projet parental. Des deux côtés, s'exerce le même pouvoir de la volonté individuelle. Que l'on nous permette deux citations.

Donum vitae<sup>28</sup>:

«le rapport entre fécondation in vitro et élimination volontaire d'embryons humains se vérifie trop fréquemment. Ceci est significatif avec ces procédés, aux finalités apparemment opposées la vie et la mort sont soumises aux décisions de l'homme, qui en vient ainsi à se constituer donateur de vie et de mort sur commande.»

Comité consultatif national d'éthique, Rapport sur les recherches sur les embryons humains in vitro<sup>29</sup>:

«S'agissant du statut de l'embryon humain, le développement de la contraception et la dépénalisation de l'avortement laissent croire que l'embryon humain dans les limites temporelles légales, est un pur objet au pouvoir de la mère; cela conduit certains médecins ou chercheurs à penser que le pouvoir de détruire (même limité légalement au cas de détresse, solution légale de moindre mal) fonde le droit d'utiliser l'embryon humain comme bon leur semble, et notamment pour la recherche. On peut certes déplorer les contradictions d'une société qui, au nom des désirs individuels, laisse détruire nombre d'enfants possibles et s'efforce à grands frais de produire des enfants hors des conditions naturelles de la reproduction humaine. On peut aussi relever la contradiction que porte en elle la fécondation in vitro, qui voulant agir pour créer la vie, est conduite en même temps à la détruire».

Telle est aussi l'opinion de X. Dijon: «Aussi cruel que paraisse le raisonnement des chercheurs, il ne fait que prolonger une violation fondamentale des droits de l'être conçu: si l'on n'a pas d'égards pour le caractère humain de l'embryon en autorisant la mère à l'expulser, pourquoi les hommes de science devraient-ils manifester davantage de respect pour ce fruit de la conception?»

---

28. Donum vitae, Congrégation pour la Doctrine et la Foi, 22 février 1987.

29. Décembre 1986.

Le rapport du Barreau du Québec mettait en relief ces logiques: «Est également souligné le danger de réification de l'embryon. Celui-ci devient, en effet, un moyen de satisfaire un désir. S'il a été créé initialement dans le but d'être utilisé pour donner vie à un enfant, il peut désormais être aussi détruit, donné ou même vendu, ou faire l'objet d'expérimentation»<sup>30</sup>. Et, fort pertinemment, Madame Castelli relevait la tendance contemporaine «à considérer l'enfant comme objet de consommation»<sup>31</sup>, contraire à tout un mouvement doctrinal et jurisprudentiel confirmant la reconnaissance de l'infans conceptus comme sujet de droit<sup>32</sup>, subsidiairement comme personne «en devenir», plus subsidiairement personne «potentielle», plus subsidiairement encore (en langage du Palais!) comme une «valeur», et même contraire au standard minimum selon lequel «la vie humaine, dès la fécondation, mérite en principe d'être protégée, indépendamment du fait que l'embryon dès le début, soit qualifié ou non de «personne» ou qu'il possède ou non des droits propres fondamentaux»<sup>33</sup>. Pour G. Raymond, «cela rappelle étrangement le statut de l'esclave dans le droit romain ou l'ancien droit français, sur lequel le maître avait droit de vie et de mort parce qu'il était assimilé à un chose»; et: «il y a donc par ces textes remise en cause de la personnalité juridique de l'embryon et de la protection qui lui est requise de par la loi»<sup>34</sup>.

L'animal monte en droit civil! De meuble par nature ou immeuble par destination qu'il était, il est qualifié «d'être sensible»; l'expérimentation sur lui est encadrée<sup>35</sup>; il est l'objet de contrats dits «d'adoption»<sup>36</sup>; l'on se dispute sa «garde» pendant le procès du divorce... L'enfant de la recherche et des désirs n'a point cette chance. A-t-il au moins celle, s'il survit, de retrouver ses origines?

---

30. Barreau du Québec, op. cit., note 20, p. 31.

31. M. Castelli, «Les manipulations génétiques et le droit», (1988) 19 R.G.D. 5; voir J.C. Galloux «Réflexion juridique sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français», (1989) 30 C. de D. 1011, et «De la nature juridique du matériel génétique, ou: la réification du corps humain et du vivant», (1989) Rev. de Rech. Jur. 521.

32. Cass. civ. 1re, 10 décembre 1985, Gaz. Pal. 1986. 2e sem. Somm. 323 (note A. Piédelièvre); voir le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire Daigle c. Tremblay, [1989] R.J.Q. 1980 (C.S.), [1989] R.J.Q. 1735 (C.A.), infirmé par la Cour suprême [1989] 2 R.C.S. 530; R.P. Kouri, «Réflexions sur le statut juridique du fœtus», (1980-81) 15 R.J.T. 193; C. Hennau-Hublet, Le statut de l'embryon humain, I.S.E.N.B., rencontre Int. Bioéthique, juillet 1989; voir aussi Commission de réforme du droit du Canada, Les crimes contre le fœtus, Document de travail 58, Ottawa, 1989.

33. Résolution A.I.D.P., Vienne 1989, op. cit., note 20, & 5.2.

34. G. Raymond, *Op. cit.* note 8.

35. Décret no 87-848 du 19 octobre 1987 pris pour l'application de l'article 454 du Code pénal et du troisième alinéa de l'article 276 du Code rural et relatif aux expériences pratiquées sur les animaux, J.O. 20 octobre 1987, 12245, J.C.P. 1987, III. 60727.

36. Versailles, 24 août 1988, Gaz. Pal. 1989. 1re sem. Somm. 121.

## II) L'appropriation de la filiation

Le but des activités de procréation assistée n'est pas de soigner une stérilité dont elle ne constitue que des palliatifs, mais de donner un enfant à un couple dont il ne sera le vrai descendant qu'en cas d'insémination entre époux. L'apport de gamètes d'un tiers, voire de l'enfant fécondé et conservé, ne peut que perturber le schéma familial<sup>37</sup>. Le législateur n'en affirme pas moins son *imperium* en permettant une cession de filiation et un obscurcissement de filiation.

### A) La filiation cédée

En premier lieu l'avant-projet confirme l'illicéité de la pratique des «mères porteuses», ou «mères de substitution» qui, selon les termes employés ici par le Comité du Barreau du Québec, «ne respecte pas la dignité de l'être humain. L'enfant y est traité comme une marchandise, comme un objet, comme un bien, et non pas comme une personne. Il est utilisé pour satisfaire les désirs d'un couple en mal d'enfant et souvent ceux d'une femme en mal d'argent», et qui «asservit la femme d'une double façon»<sup>38</sup>. C'est «l'enfant de l'esclave» (F. Terré)!

Conformément à une jurisprudence qu'il cite<sup>39</sup>, l'avant-projet laisse hors-la-loi les contrats de mères porteuses. L'article L. 671 n'autorise que les dons d'embryons excédentaires et le futur article 353.1.4 Code pénal punit l'entremise pour la conclusion d'une convention de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui «avant la conception d'un enfant». L'interprétation restrictive des incriminations pénales ne permettrait pas de sanctionner l'entremise après la conception (aux fins de négocier l'implantation et la gestation de l'embryon fécondé). C'est pourquoi il est utile de citer le rapport qui constate l'irrégularité générale de ces exploitations: «Le groupe de travail a, conformément aux propositions du Conseil d'Etat, estimé nécessaire d'indiquer que ce type de contrat n'était pas admissible et qu'il était nul en droit (article 342.12 du Code civil)»<sup>40</sup>. Le futur article 342.12 du Code civil dispose: «Les conventions de

---

37. Voir G. Cornu, op. cit., note 24, p. 419 et suiv.; J. Hauser et D. Huet-Weiller, «La famille: fondation et vie de la famille» dans J. Ghestin, (dir), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1989, no 452 et suiv.; G. Nicolau, *L'influence des progrès ou la génétique sur le droit et la filiation* P.U. Bordeaux, 1989, préface J.-F. Vouin.

38. Barreau du Québec, op. cit., note 20, p. 28.

39. Aix-en-Provence, 29 avril 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1<sup>re</sup> sem. Jur. 44 (note P. Biasca); Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1989, D.1990.I.R.29, D.1990.Jur.273 (rapport J. Massip, J.C.P. 1990.II.21526 (note A. Sériaux); cep: Paris, 15 juin 1990, J.C.P. 1990. Actualités no 29-30.

40. Conseil d'Etat, De l'éthique au droit, Doc. fasc. no 4855, Paris, La Documentation française, 1988, pp. 60, 65, 196.

procréation ou de gestation pour le compte d'autrui sont nulles». Déjà, l'indisponibilité de l'état des personnes et son corollaire, la nullité des renonciations aux actions relatives à la filiation (art. 311.9 Code civil), privent d'effet ces négociations. On sait que le Comité du Barreau du Québec prévoit de déclarer contraire à l'éthique professionnelle de l'avocat la rédaction de ces contrats. La filiation de l'enfant ne peut être cédée par le biais de la fabrication suivie de l'abandon: «On ne porte pas un enfant sous l'obligation de l'abandonner»<sup>41</sup>. La Commission Warnock recommandait, en 1984, «qu'il soit prévu par la loi que tous les accords en vue d'une grossesse de substitution sont des contrats illégaux qui ne peuvent par conséquent être exécutés par les tribunaux»<sup>42</sup>.

En second lieu, le document, qui proscriit ainsi la cession de l'enfant né et même in utero, admet la cession de l'enfant excédentaire. En effet, les auteurs de l'embryon in vitro sont non seulement en droit d'en exiger la destruction au cours du délai maximum de conservation de cinq ans (article L. 670 & 2), ou de le donner «à la recherche scientifique» après réalisation (avec un autre embryon) ou abandon de leur «projet parental» (article L. 673; le protocole de recherche doit être approuvé par le Comité national d'éthique<sup>43</sup>) ainsi qu'il a été dit ci-avant, mais encore de le donner «pour la réalisation du projet parental d'autrui». Ce don est subsidiaire par rapport à la réalisation du projet parental dit «primordial» (art. L. 671) et ne peut porter que sur les embryons dits excédentaires et au profit d'un couple stérile ou susceptible de transmettre une affection incurable. Dans son avis du 15 décembre 1985, le Comité national d'éthique avait énoncé:

«Aucune législation ne permet, en l'état actuel, d'organiser la réalisation d'un tel don de sperme. Rien ne permet actuellement de répondre en pareil cas aux questions juridiques qui pourraient se poser (notamment en matière de filiation).

Le Comité souhaite donc que des règles juridiques soient élaborées avant que ce don d'embryon à d'autres couples puisse être envisagé. Il souligne l'urgence d'une intervention législative. Faute de quoi, risque de se développer un véritable marché noir des embryons.

---

41. Id., p. 60.

42. Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilization and Embryology, op. cit., note 19.

43. Comparez l'avis du Comité national d'éthique du 15 décembre 1986 publié dans Avis de recherches sur l'embryon, éd. français/ anglais, préface J. Bernard, Actes-Sud/INSERM, 1987, p. 73 et suiv. Ce «don» à la science n'est qu'une destruction différée, en connaissance de cause. C'est pourquoi, en toute déférence, nous avouons nos réserves devant la réflexion du Comité du Barreau du Québec: «Le comité considère, lorsque le don de l'embryon surnuméraire n'est pas possible, qu'il est préférable de le voir servir à la recherche scientifique plutôt que d'être détruit.» op. cit., note 20, p. 33.



La somme des questions concrètes que la fécondation in vitro et la congélation des embryons font surgir montre les difficultés d'élaborer des solutions pleinement satisfaisantes. Elle révèle, en outre, les risques des engrenages dans lesquels nous entraînent des pratiques incontrôlées de reproduction médicalisée. C'est pourquoi on devrait notamment éviter de féconder plus d'ovocytes qu'il ne paraît raisonnable et prudent de transplanter».

Le projet de loi, dont l'intention de ses auteurs est au-dessus du soupçon, consacre l'enfant comme objet des désirs individuels: il est réalisé comme moyen de satisfaire un désir de paternité/maternité dans la conscience de son caractère potentiellement surnuméraire et donc destructible ou cessible; il est donné comme moyen de réalisation du désir parental d'autrui, parce qu'excédentaire et donc superflu. Telle est la double logique, et de la fabrication scientifique de l'enfant, et de son appropriation depuis la Loi du 17 janvier 1975. Le rapport De l'éthique au droit affirmait pourtant que, pour l'embryon in vitro, «le statut proposé repose sur l'idée irréductible que l'on ne saurait traiter l'embryon comme une chose. Cela va de soi, quelle que soit la conviction défendue ou la référence utilisée»<sup>44</sup>.

Pour que la cession soit complète, fût-elle gratuite, le législateur est conduit à s'écarter en principe du rapprochement entre la règle de droit et la vérité biologique qu'il avait recherché en 1972 (sans dogmatisme ni absolutisme cependant<sup>45</sup>). L'article 342.9 dispose que «la contribution au projet parental d'autrui par apport de forces génétiques à la procréation médicalement assistée ne permet de fonder aucun lien de filiation entre l'auteur de la contribution et l'enfant issu de cette procréation...» Les textes suivants confirment la rupture entre la participation à la procréation et la filiation déclarée.

#### Article 342.10

«Nul ne peut contester la filiation de l'enfant pour une raison tenant au caractère médicalement assistée de sa procréation et l'enfant n'est pas recevable à réclamer un autre état.

Cependant le mari de la mère ou le compagnon de celle-ci peut désavouer l'enfant ou contester la reconnaissance s'il n'a pas consenti à la

---

44. Conseil d'Etat, op. cit., note 40, p.

45. Voir J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2: «La famille, les incapacités», Paris, P.U.F., 1977, p. 305: «politique législative».

procréation médicalement assistée ou s'il prouve que l'enfant n'est pas issu de celle-ci.»

#### Article 342.11

«Celui qui, après avoir consenti à la procréation médicalement assistée, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant.»

Les auteurs de l'embryon ont donné chacun leurs «forces génétiques», leur patrimoine héréditaire, mais en transmettant le produit, ils abandonnent leur paternité et leur maternité. Les parents d'accueil seront ceux que le droit futur couronnera seuls, après quelques mots, dans les rapports, sur l'altruisme, la générosité - pourquoi pas le civisme - des donneurs<sup>46</sup>. Le rapport explique cette conséquence du don: «La procréation médicalement assistée implique que l'enfant n'est pas l'enfant biologique de ses deux parents juridiques. Il convient, pour consolider le lien de filiation volontairement créé, d'interdire que quiconque, y compris l'enfant, prenne prétexte de l'absence de lien biologique pour rompre le lien juridique»<sup>47</sup>.

La filiation est abandonnée «par accessoire»... Une garantie solide contre l'éviction par les auteurs de l'enfant réside dans le silence sur les origines génétiques de celui-ci.

#### B) La filiation obscure

Premièrement, le donneur de gamètes «ne peut en déterminer le bénéficiaire» (art. L. 668.7). Il donne son hérédité anonymement, ce qui interdit les complaisances amicales ou familiales. Imaginons un bref instant la loi qui voudrait tolérer l'adultère infécond, ou bien l'adultère fécond mais anonyme et, mutatis mutandis, altruiste et désintéressé, ou encore interdire l'adultère fécond mais intuitu personae! Les intermédiaires sont tenus par l'obligation au secret professionnel sur l'identité du donneur (art. L. 668.8). Les risques de conflit qu'engendrerait le don nominatif, «notamment du fait (qu'il) se réaliserait souvent au sein d'une même famille (don de sperme pour une parente, une alliée, par exemple), les déséquilibres et ruptures qui pourraient en découler, interdisent le don à des personnes ou à des catégories de personnes déterminées. L'altruisme ne peut être sélectif»<sup>48</sup> (sic). Le législateur n'envisage pas l'hypothèse inverse,

---

46. Les géniteurs ne ramasseront que les miettes du droit de visite et de correspondance exceptionnel de l'article 371.4 & 2 Code civil, si du moins le secret des origines n'y met point obstacle radicalement.

47. Comparez le rapport De l'éthique au droit, op. cit., note 40, pp. 62 et 64 (articles 18, 19, 20) et G. Cornu, op. cit., note 24, p. 249.

48. Rapport préliminaire.

celle de la condition imposée par le donneur de ne pas remettre ses gamètes à telle ou telle catégorie de bénéficiaires (considération de choix ethnique, social, religieux, etc...); faudra-t-il raisonner alors comme en matière de refus de prestation de services? L'anonymat «préserve», certes, «de tout», même de la garantie. Le rapport Warnock écartait à la fois les droits et les obligations des donneurs...

Deuxièmement, le don d'embryon surnuméraire n'est pas frappé par cette discrétion et semble réalisable anonymement ou nominativement. Les raisons de la dissimulation des origines en cas de don de sperme ou d'ovocyte se seraient pourtant retrouvées en ce domaine, et l'on sait que l'article 354 & 2 Code civil relatif à la transcription du jugement d'adoption plénière sur les registres de l'état civil prescrit: «elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant». Le système a «pour but de mettre l'enfant à l'abri de toutes recherches de la part de sa famille d'origine»<sup>49</sup>. La procréation artificielle n'est pas une adoption, même prénatale, certes mais le législateur paraît vouloir lui faire produire la même rupture entre l'enfant et ses parents biologiques.

Ce secret absolu s'impose-t-il? Il constitue une conséquence logique du transfert de l'enfant, mais il interdit de remonter le courant héréditaire lorsque cette exploration présentera un intérêt thérapeutique... Tous les systèmes juridiques ne le retiennent pas...

## CONCLUSION

Est-ce, pour aujourd'hui, l'essentiel? «La difficulté est presque insurmontable de «durcir en mots» l'essence vivante de la personne. Mais il y a urgence à le faire»<sup>50</sup>. En effet, il y a urgence! Les législateurs modernes, cédant aux flots impétueux du courant utilitariste, font, ou feront, courir à l'homme, un risque évident d'appropriation par la science ou, sans jouer sur les mots, l'inconscience. Le législateur humain n'est pas omnipotent. Il ne dispose pas du pouvoir de trancher de ces questions de vie et de mort.

La science n'est pas neutre, le droit n'est pas neutre non plus. Remettre aux seuls scientifiques la définition des normes, c'est risquer de rendre

---

49. J. Hauser et D. Huet-Weiller, op. cit., note 38, no 926. Toutefois, le jugement d'adoption lui-même n'est pas secret. Dans Travaux de l'Association Henri Capitant, La vérité et le droit, t. XXXVIII, 1987, Paris, Economica, 1989 voir J.L. Baudouin, «Rapport général» p. 21, M. Rivest, «La procréation "éclatée"», p. 77, B.M. Knoppers, «Vérité et information de la personne», p. 87 et Mme Labrusse-Riou, «Rapport français», p. 103; le rapport de C. Labrusse-Riou est repris et développé dans L'homme, la nature et le droit, Ch. Bourgois, 1988, p. 159.

50. M. Delmas-Marty, «Les droits de l'homme entre médecine et politique» Le Monde (10 novembre 1989) 31.

moralement admissible tout ce qui est techniquement possible. «Si le législateur, responsable du bien commun, manquait de vigilance, il pourrait être dépouillé de ses prérogatives par des chercheurs qui prétendraient gouverner l'humanité au nom des découvertes biologiques et de prétendus processus d'«amélioration» qui en dériveraient»<sup>51</sup>.

Pour certains (M. Torrelli), il est urgent de légiférer, pour éviter de laisser se constituer des acquis sociologiques qui seront considérés comme des droits acquis. En tout cas, le législateur, s'il intervient, doit rappeler ce qui doit être respecté<sup>52</sup>. C'est alors seulement que, toujours sensible aux détresses, mais d'une extrême prudence, il peut être satisfait: *Egregi monumentum aere perennius!*

---

51. Donum Vitae, Chap. III.

52. Meyer, Colloque AMADE, *op. cit.*, note 14.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA LÉGISLATION QUÉBÉCOISE SUR LES MALADIES TRANSMISES SEXUELLEMENT : UN INSTRUMENT BIEN IMPARFAIT?

**Auteur(s) :** Suzanne Nootens

**Revue :** RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 1

**Pages :** 293-301

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13438>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13438>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## LA LEGISLATION QUEBÉCOISE SUR LES MALADIES TRANSMISES SEXUELLEMENT: UN INSTRUMENT BIEN IMPARFAIT?

Suzanne Nootens\*

Malgré des statistiques plus encourageantes pour certaines d'entre elles<sup>1</sup>, les maladies transmises sexuellement (MTS) demeurent un fléau humain et social. Considérant les moyens légaux dont disposent actuellement les pouvoirs publics au Québec pour les combattre, nous ne pouvons qu'en déplorer les lacunes. Nous aborderons tout d'abord la Loi et le règlement sur la protection de la Santé publique dans leur schème général, mais sans toucher aux structures administratives. À titre de comparaison ponctuelle, quant aux obligations individuelles, nous ferons ensuite une brève incursion dans d'autres législations, au Canada et en France. Nous mettrons enfin en présence les droits individuels et les impératifs de protection de la santé publique.

### 1. Les aspects généraux de la loi québécoise.

L'actuelle *Loi sur la protection de la santé publique*<sup>2</sup> vise de façon générale les maladies transmissibles. Les maladies vénériennes y sont

---

\* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Nos remerciements vont à M. Pierre Larrivée, pour sa collaboration. Le présent texte reprend pour l'essentiel une conférence prononcée lors du colloque sur les MTS (à l'exclusion du SIDA), organisé le 21 septembre dernier par l'Association pour la santé publique du Québec. Il nous avait été demandé, à cette occasion, d'évoquer brièvement certains aspects juridiques à l'intention des professionnels de la santé, éducateurs, et autres personnes concernées par ces maladies. C'est donc dans ce contexte d'information pluridisciplinaire qu'il faut le lire.

1. À savoir la gonorrhée et la syphilis. R. REMIS, «L'épidémiologie des MTS au Québec», Actes du Colloque de l'Association pour la santé publique du Québec, Montréal, 21 septembre 1990, disponibles auprès de l'Association.
2. L.R.Q., c. P-35 (ci-après citée la loi). C'est en 1972 qu'a été remplacée la *Loi de l'hygiène publique*. Pour un excellent historique et une étude générale, voir L. LUSSIER, «Contribution à l'étude du droit de la protection de la santé publique au Québec», (1987) 18 *R.D.U.S.* 113.

traitées au même titre que les autres, et ne font donc pas l'objet chez nous d'une législation spécifique.

Les objectifs de la loi résident notamment dans:

- a) la prévention de la diffusion de ces maladies par le biais de programmes d'éducation populaire, de formation et de recherche;
- b) la lutte contre ces maladies par la coordination des mesures de protection et l'accessibilité aux services prévus par la loi;
- c) la collecte des données épidémiologiques<sup>3</sup>.

Le terme de «maladies transmises sexuellement»<sup>4</sup> ne figure pas comme tel dans les textes. Ces maladies ressortissent à deux définitions, ce qui ne contribue certes pas à la limpidité. La première est celle, très traditionnelle, des maladies vénériennes, énumérées à l'article 1 (e) de la loi, et au nombre de quatre seulement, à savoir la syphilis, les infections gonococciques, le chancre mou et la lymphogranulomatose vénérienne ou granulome inguinal. Cette liste est évidemment loin de rendre compte de la réalité actuelle. Aussi le législateur, pour y ajouter, a-t-il procédé, pour la seconde, par le biais de la voie réglementaire. Les maladies à *déclaration obligatoire*, en effet, sont définies comme étant des maladies déterminées par règlement<sup>5</sup>, ce qui laisse beaucoup plus de souplesse. Ainsi, et en 1987 seulement, sont devenues maladies à déclaration obligatoire, en sus des maladies vénériennes qui devaient déjà être déclarées<sup>6</sup>, l'herpès et les infections à chlamydia<sup>7</sup>. Donc, sur 25 MTS connues, ou même 40 selon d'autres approches<sup>8</sup>, 6 seulement sont actuellement à déclaration obligatoire.

D'autre part, sont à *traitement obligatoire*, selon la définition, les maladies contagieuses et *vénériennes* déterminées par règlement<sup>9</sup>. Il en résulte que les deux MTS devenues à déclaration obligatoire, à savoir

---

3. *Id.*, art. 2.

4. Ci-après «MTS».

5. Art. 1 (d) et 69 (e) et (g) de la loi.

6. Art. 5 de la loi et art. 28 à 33.1 du Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique, R.R.Q. 1981, c. P-35, r.1, modifié par D. 975-83, 18 mai 1983, G.O.Q. 1983.II.2441, D. 1894-84, 22 août 1984, G.O.Q. 1984.II.4357.

7. Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique, D. 1557-87, 7 octobre 1987, G.O.Q. 1987.II.6073, art. 3. Le SIDA l'est depuis 1986: D. 1497-86, 1er octobre 1986, G.O.Q. 1986.II.4174, art. 1 et 2.

8. Voir notamment F. LEGARE et C. ZELLER, *Les maladies transmissibles sexuellement: les connaître, les prévenir, les soigner*, Québec, Publications du Québec, 1988.

9. Art. 1 (g), 10 et 11 de la loi; art. 34 à 38 du règlement.



l'herpès et le chlamydia, n'étant pas reprises dans le règlement sur le traitement obligatoire, n'y sont pas soumises.

Le pouvoir de coercition ne touche donc que les maladies vénériennes traditionnelles. En vertu de ce pouvoir, si le malade refuse, néglige ou cesse le traitement en dépit de l'obligation légale qui lui est faite, la déclaration, de non nominale qu'elle était, devient nominale et une ordonnance judiciaire peut être émise<sup>10</sup>. La même procédure peut être prise pour forcer un examen diagnostique. L'ordonnance sera émise seulement si le juge a des motifs raisonnables de croire que la personne ne se soumettra pas à l'examen ou au traitement, ou encore, et il importe de le souligner, si la protection de la santé publique le justifie<sup>11</sup>.

Si le malade est une personne, mineure ou majeure, frappée d'incapacité légale, la loi prévoit que le responsable doit entreprendre pour lui les mêmes démarches<sup>12</sup>. Un problème se pose en ce qui concerne les parents de mineurs de plus de 14 ans, groupe de plus en plus frappé par les MTS. La même *Loi sur la protection de la santé publique*, par son article 42, attribue au mineur de 14 ans et plus une sorte de «majorité médicale», car il peut consentir seul aux soins et traitements nécessités par son état de santé. Ces dispositions trouvent d'ailleurs leur origine dans le désir d'inciter cette catégorie de la population à recourir aux soins. Qu'arrive-t-il si ce jeune néglige ou refuse de le faire? Deux interprétations sont ouvertes. S'il s'agit d'une vraie majorité médicale, il est dès lors, et sur ce point, soustrait à l'autorité parentale et l'ordonnance doit être émise contre lui directement comme s'il était majeur. Les parents ne peuvent plus en être tenus responsables. Selon l'opinion contraire, la latitude accordée au mineur est restreinte au consentement, et l'autorité parentale reprend sa place dès qu'il y a refus de traitement. Cette dernière nous a toujours semblé la plus exacte: l'obligation des parents de pourvoir aux besoins, médicaux et autres, de leurs enfants est de règle jusqu'à la majorité ou l'émancipation. Force nous est cependant de constater que la réforme du droit des personnes, non encore en vigueur, va dans le sens de la première interprétation, puisque le nouvel article 15 du *Code civil du Québec*<sup>13</sup> prévoit que l'autorisation du tribunal est requise pour soumettre un mineur de 14 ans à des soins exigés par son état de santé s'il les refuse. Il sera donc nécessaire d'harmoniser les différentes

---

10. Art. 11 à 14 de la loi.

11. Ces exigences ont été précisées en conformité avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12: L. LUSSIER, *supra*, note 2, 129.

12. Art. 12 al. 3 de la loi et art. 35 du règlement.

13. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18.

dispositions légis-latives entre elles et avec la réalité sociale que l'on entend consacrer.

En somme, si nous regardons loi et règlement sur la protection de la santé publique depuis 1981, que constatons-nous? Sur le plan de l'analyse du droit positif, quelques amendements ont été apportés. Ils portent surtout sur les structures administratives<sup>14</sup>, bien peu sur la déclaration de MTS (les deux ajouts susmentionnés), rien sur le traitement. Concernant la rencontre de ses objectifs, la faillite semble presque complète. Rappelons-les. Le premier est la prévention de la diffusion. Or, les personnes spécialisées dans le domaine jettent depuis des années des cris d'alarme sur l'expansion tragique de ces affections. La morbidité et les stérilités dues aux MTS ne font que croître, et des groupes de citoyens de plus en plus jeunes sont atteints<sup>15</sup>. Qu'en est-il du second, qui est la lutte contre elles et le traitement obligatoire? Nous n'avons pas trouvé trace d'ordonnances en ce sens émises à l'encontre de personnes atteintes de maladies vénériennes, et la présence persistante de celles-ci empêche de conclure à la sagesse générale<sup>16</sup>. Quant aux autres maladies transmises sexuellement, les plus répandues actuellement, nous avons dit qu'elles échappaient complètement à ce processus. Même la collecte des données épidémiologiques, enfin, est tout à fait inadéquate. Seules les maladies les plus fréquentes et les plus graves doivent obligatoirement être déclarées. Un article paru en 1986 estimait que seulement dix pour cent des cas le seraient réellement<sup>17</sup>! La Commission Rochon note de même une sous-déclaration importante et des déficiences dans le système de surveillance<sup>18</sup>.

Tout ceci laisse pressentir déjà l'inadéquation de la loi actuelle, face à une situation catastrophique dont n'émerge que la pointe de l'iceberg<sup>19</sup>. Seules l'implication des médecins, infirmières et autres professionnels voués aux soins de ces malades, ainsi que leur qualités humaines de compréhension, de persuasion semblent être de quelque utilité.

---

14. Sur ce point, sur les départements de santé communautaire notamment, ainsi que sur le rôle et les pouvoirs du ministre, voir L. LUSSIER, *supra*, note 2.

15. Voir notamment R. REMIS, *supra*, note 1. Tendances sociales canadiennes, «L'incidence des maladies transmises sexuellement au Canada», Statistiques Canada, été 1987, 11, p. 13.

16. Malgré la régression encourageante de ces maladies spécifiques: voir note 1.

17. G. BEAULIEU, «Alerte rouge aux MTS», (janvier 1986) *Québec Science* 17, 18.

18. Québec, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, Québec, Publications du Québec, 1988, p. 57, (Rapport Rochon).

19. En effet, les statistiques du Ministère de la santé et des services sociaux se fondent sur les cas déclarés, et nous venons de voir la très faible proportion de ceux-ci...

## 2. Les obligations individuelles face aux MTS.

Penchons-nous maintenant sur les obligations des personnes atteintes de MTS et celles des professionnels de la santé au Québec. En regard d'autres législations canadiennes ou du Code français de la santé publique, nous constatons que les exigences pourraient être plus lourdes.

### a) Les obligations des personnes atteintes

Au Québec, doit se faire traiter un individu qui *souffre* de maladie vénérienne<sup>20</sup>. Si cette obligation se compare à celle de certaines provinces canadiennes<sup>21</sup>, et à celle de la France, qui l'énoncent spécifiquement ou encore l'imposent de façon générale pour toute maladie transmissible, elle ne s'étend donc pas à l'obligation de se faire examiner si l'on a simplement des doutes sur son état de santé. Cette dernière approche existe par contre ailleurs, l'obligation étant énoncée de façon plus large. Ainsi, en Alberta, au Nouveau-Brunswick ou en Colombie-Britannique, par exemple, une personne qui *sait ou a des raisons de croire* qu'elle est ou peut être infectée doit consulter un médecin<sup>22</sup>. La Saskatchewan, quant à elle, impose même un très court délai de trois jours pour la consultation<sup>23</sup>. La loi impose donc la démarche à un individu qui soupçonne simplement qu'il peut être atteint et énonce un standard objectif d'appréciation. Comme le souligne Robert Friedman, il ne peut plus volontairement fermer les yeux<sup>24</sup>.

L'étendue de l'obligation, une fois la maladie diagnostiquée, varie également. Si au Québec, le malade doit simplement *recevoir des traitements*, ailleurs il lui est fait obligation légale, en outre, de *suivre les prescriptions du médecin et se conduire de façon à éviter d'infecter d'autres*

---

20. Art. 10 de la loi et art. 34 du règlement. Nous avons dit plus haut que la même obligation ne lui est pas imposée pour l'herpès ou le chlamydia.

21. Notamment la Colombie-Britannique, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve et la Saskatchewan. En Ontario, les «virulent diseases» sont à traitement obligatoire; parmi les MTS, cette catégorie n'inclut selon la loi que la syphilis et la gonorrhée: *Health Protection and Promotion Act*, S.O. 1983, c. 10, s. 1(32) et s. 35.

22. Alberta, *Public Health Act*, S.A. 1984, c. P-27.1, s. 31: «Every person who knows or has reason to believe that he is or may be infected with a communicable disease...»; Nouveau-Brunswick, *Loi sur les maladies vénériennes*, L.R.N.-B. 1973, c. V-2, art. 3: «Toute personne qui croit ou a des raisons de croire ou de présumer...»; Colombie-Britannique, *Venereal Disease Act*, R.S.B.C. 1979, c. 422, s. 3.

23. Saskatchewan, *Venereal Disease Prevention Act*, R.S.S. 1978, c. V-4, s. 3.

24. R. FRIEDMAN, «The Application of Canadian Public Health Law to Aids», (1988) 9 *Health Law in Canada* 49, 51. Cet auteur fait une synthèse des différentes lois canadiennes de protection de la santé publique en relation avec le SIDA. Son texte a largement facilité notre démarche dans le présent contexte.

*personnes*. C'est le cas notamment de la Colombie-Britannique et de l'Ontario<sup>25</sup>.

En France, un malade signalé comme réfractaire au traitement obligatoire reçoit d'abord un avertissement. Il doit alors prouver par un certificat médical qu'il se fait traiter régulièrement, faute de quoi il est hospitalisé d'office. Et dans une telle éventualité, il ne peut quitter le service sans autorisation écrite du médecin chef de service, «même pour la plus courte absence» précise le *Code de la santé publique*<sup>26</sup>. Quant à la personne sérieusement soupçonnée d'avoir communiqué la maladie à d'autres, elle doit fournir un certificat médical attestant la présence ou l'absence d'un état contagieux<sup>27</sup>.

L'on constate donc, par ces quelques exemples loin d'être exhaustifs, que les obligations imposées aux individus peuvent être énoncées de façon beaucoup plus rigoureuses qu'elles ne le sont chez nous.

#### **b) Les obligations des professionnels de la santé**

Les dispositions sur la déclaration obligatoire, l'examen et le traitement imposés se retrouvent partout, sous une forme ou sous une autre, mais les maladies visées par le traitement obligatoire varient. Il est intéressant de noter que le médecin français doit, et le Code le spécifie, dire la vérité au malade, lui indiquer les dangers de contamination, et l'avertir des devoirs que lui impose la loi<sup>28</sup>.

Quant à la confidentialité, le Québec entre dans la catégorie des législations où la déclaration ne devient nominale qu'en cas de refus ou de négligence à se faire traiter, tout comme dans certaines provinces et en France<sup>29</sup>. Par contre, dans plusieurs autres, la déclaration est nominale d'emblée<sup>30</sup>, et le médecin peut parfois exiger de connaître les personnes avec

---

25. *Supra*, note 22, s. 5, et *supra*, note 21, s. 36.

26. Art. L. 275 et 279.

27. *Id.*, art. L. 261.

28. *Id.*, art. L. 256.

29. Art. 6 de la loi québécoise et art. L. 259 du *Code de la santé publique*. Mais celui-ci précise en outre que la déclaration doit être nominale d'emblée si le médecin «estime que le malade fait courir un risque grave de contagion à un ou plusieurs tiers».

30. Notamment le Manitoba, le Nouveau-Brunswick, l'Alberta, la Nouvelle Ecosse et la Colombie-Britannique. Dans cette dernière province, le malade est présumé négliger son traitement s'il manque son rendez-vous de 7 jours, et le médecin doit en aviser l'officier de santé dans les 3 jours: *Venereal Disease Act*, *supra*, note 22, s. 4(2).

qui le patient a été en contact<sup>31</sup>. Peut être permise, à certaines conditions, la notification aux proches ou aux contacts<sup>32</sup>.

La prévention de la contamination vénérienne soulève évidemment la question du secret professionnel. Le *Code de déontologie des médecins* ne prévoit-il pas déjà l'exception au principe du secret, «lorsqu'il y a une raison impérative et juste ayant trait à la santé du patient ou de son entourage»<sup>33</sup>? Cette disposition qui lui aurait permis d'agir en cas de nécessité, se heurte cependant à l'article 9 de la Charte québécoise exigeant une disposition expresse de la loi.

### 3. Les droits individuels et les impératifs de protection de la santé publique.

Les droits de la personne à la liberté et à l'inviolabilité, ainsi qu'à la vie privée sont garantis par les Codes civil et criminel, et bien entendu par les Chartes. En conséquence, nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi.

Les lois sur la protection de la santé publique constituent un bon exemple de ces exceptions où la loi autorise à examiner et traiter un individu malgré lui. Cependant, il faut que cette atteinte à la liberté rencontre les critères prévus c'est-à-dire soit faite en vue du bien-être général, dans des limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique<sup>34</sup>.

Personne ne conteste de nos jours le rôle de l'Etat dans la protection de la santé des citoyens. Il a, comme l'écrivait le Doyen Auby<sup>35</sup>, le devoir d'organiser des services publics susceptibles de donner aux individus le meilleur état sanitaire possible, car la maladie a un retentissement économique important. Dans cette optique utilitariste, la santé acquiert une dimension de véritable fonction sociale, d'où la naissance d'une obligation

---

31. Alberta, *Public Health Act*, *supra*, note 22, s. 41(2).

32. Terre-Neuve, *Venereal Disease Prevention Act*, R.S.N. 1970, c. 389, s. 14(3); Alberta, *id.*, s. 63(5).

33. R.R.Q., c. M-9, r.4, art. 3.04. La question se pose de manière très aiguë à propos du SIDA, et elle nécessiterait un développement qui dépasse largement notre présent propos. B.M. KNOPPERS, «Vérité et information de la personne», (1987) 18 R.G.D. 819, p. 840.

34. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, préambule, et art. 9.1; *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.V., c. 110), art. 1; Voir aussi W. E. PARMET, «Legal Rights and Communicable Disease: AIDS, the Police Power, and Individual Liberty», (1989) 14 *Journal of Health Politics, Policy and Law* 741.

35. J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, Paris, P.U.F., 1981, p. 24.

à la santé, et non plus seulement d'un droit à la santé. Or que constatons-nous si nous regardons autour de nous?

De plus en plus, l'accent est mis sur la responsabilité personnelle des individus en les incitant à des conduites positives concernant l'alimentation, l'activité physique..., ou encore à des conduites d'abstention: pensons au tabac, à l'alcool, aux médicaments, ... Des contraintes sont créées: ceinture de sécurité, sanction de la conduite en état d'ébriété, règles d'obtention du permis de conduire, internement des malades mentaux dangereux, santé et sécurité au travail... et dans ces cas, elles sont appliquées. Les tribunaux ont déjà reconnu que des atteintes aux libertés, dans ces différents domaines, se justifient dans notre société quand il y va de la protection de l'individu et/ou d'autrui<sup>36</sup>. Pourquoi dès lors cette réticence à intervenir avec plus d'efficacité quand il s'agit des MTS, dont la gravité non seulement dans le nombre et la diffusion mais quant aux conséquences, est dénoncée par tous? Ne faut-il pas, comme le souligne Friedman, «adapter la sévérité de la réponse légale à la gravité de la menace causée»<sup>37</sup>?

Il convient donc de clarifier la législation, de trouver la formule la plus souple pour l'adapter régulièrement à l'évolution de la situation médicale et épidémiologique, d'imposer aux médecins l'accomplissement de leur propre devoir et le rappel à leurs patients de leur responsabilité non seulement morale mais aussi légale en matière de maladie transmissible, de légiférer plus sévèrement sans doute pour ceux qui persistent à faire courir à autrui des risques inacceptables pour échapper eux-mêmes à toute contrainte. Il faut trouver enfin la volonté politique de faire appliquer la loi.

À une époque où la conscience aiguë des droits éclipse dangereusement celle des responsabilités, les efforts de première ligne doivent certes porter sur l'éducation. Celle-ci tente depuis des années de promouvoir les connaissances en matière de vie et de santé sexuelle. Serait-ce que la science sans âme est vouée à l'échec?

---

36. Quelques exemples: *Léger c. Montréal (Ville de)*, [1985] C.S. 460, confirmé par [1986] D.L.Q. 391 (C.A.) (ceinture de sécurité); *Vanier (Ville de) c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1986] D.L.Q. 297 (C.S.), confirmé par J.E. 90-285 (C.A.); *Forgues c. Grenier*, C.P.Q. no 500-40-000960-877, 22 juin 1987 (maladie mentale); *Charbonneau c. Poupart*, [1990] R.J.Q. 1136 (C.S.): un enfant non vacciné peut, en période d'épidémie, légitimement être expulsé de l'école en vertu des art. 28 et 38 du règlement, ce qui ne l'oblige pas pour autant à se faire vacciner, car ceci contreviendrait à la Charte.

37. *Supra*, note 24, 50. Pourtant, l'ancien article 253 du *Code criminel*, qui sanctionnait la transmission consciente d'une maladie vénérienne à une autre personne, a été abrogé en 1985.

Il ne nous appartient pas de décider ici si notre société est trop puritaine, ou au contraire trop permissive. Chacun, selon ses opinions, penchera pour l'un ou pour l'autre. Constatons l'ampleur du problème pour rappeler au législateur ses obligations en matière de protection de la santé: inciter, tant que l'on peut, éduquer et responsabiliser sans se lasser, obliger quand il faut et dans la mesure où il le faut...

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA COMPÉTENCE ARBITRALE : UNE PLACE AU SOLEIL OU À L'OMBRE DU POUVOIR JUDICIAIRE

**Auteur(s) :** Louis MARQUIS

**Revue :** RDUS, 1990-1991, volume 21, numéro 1

**Pages :** 303-324

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13439>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/13439>



*Page vide laissée intentionnellement.*

# **LA COMPETENCE ARBITRALE: UNE PLACE AU SOLEIL OU À L'OMBRE DU POUVOIR JUDICIAIRE**

par Louis MARQUIS\*

Dans cet article, l'auteur critique la décision de la Cour supérieure dans «Lincora Métal Inc. c. H. D'Amours et associés Inc.» à partir d'une analyse de la structure juridique de la compétence arbitrale et du régime établi pour régler les rapports entre les juridictions arbitrale et étatique. Contrairement à ce que laisse sous-entendre le jugement, il conclut que l'arbitrage peut difficilement s'accomoder de procédures comme le sursis et l'évocation.

---

In his commentary on the Quebec Superior Court decision in Lincora Métal Inc. c. H. D'Amours et associés Inc., the author argues that Courts have no power 1) to suspend arbitral proceedings when a party challenges the jurisdiction of an arbitral tribunal and 2) to evoke (art. 846 Cpc) a decision of an arbitral tribunal on its own jurisdiction.

---

\*. Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## SOMMAIRE

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION .....                                                                                        | 305 |
| 1. LES FAITS ET LA DECISION .....                                                                         | 305 |
| 2. COMMENTAIRES .....                                                                                     | 307 |
| a) Les motifs de la décision .....                                                                        | 307 |
| b) La compétence arbitrale: sa structure juridique .....                                                  | 308 |
| i) Adoption du principe de la compétence de la compétence                                                 | 309 |
| ii) Une véritable juridiction arbitrale .....                                                             | 310 |
| iii) Sens et portée de l'article 943 C.p.c. ....                                                          | 312 |
| c) Examen du régime établi pour régler les rapports entre les<br>juridictions arbitrale et étatique ..... | 316 |
| i) Droit prioritaire à l'arbitre de se prononcer sur sa compé-<br>tence .....                             | 316 |
| ii) Rôle des tribunaux de droit commun .....                                                              | 320 |
| iii) L'article 940.3 C.p.c. ....                                                                          | 323 |
| d) Observations .....                                                                                     | 324 |
| CONCLUSION .....                                                                                          | 325 |

## INTRODUCTION

Le droit administratif a été et continue d'être le théâtre d'un débat animé autour de la notion de compétence<sup>1</sup>. Le foisonnement doctrinal et jurisprudentiel actuel atteste que cet attribut dont sont investis les tribunaux inférieurs active plus souvent qu'à son tour le pouvoir de surveillance des tribunaux supérieurs<sup>2</sup>. Dans *Lincora Metal Inc. c. H. D'Amours et associés Inc.*<sup>3</sup>, la Cour supérieure s'est de nouveau penchée sur un cas de contestation de compétence, mais cette fois dans un cadre différent, soit celui des dispositions du *Code civil du Bas-Canada* et du *Code de procédure civile* relatives à l'arbitrage<sup>4</sup>. Cette décision ne peut que créer une certaine inquiétude dans l'esprit de ceux qui s'affairent à promouvoir l'utilisation de cette méthode originale de règlement des conflits au Québec<sup>5</sup>. Elle semble en effet aller à l'encontre de l'intention du législateur de conférer à l'arbitrage une autonomie juridique de sorte qu'il ne soit plus «considéré comme une institution dérogatoire et, donc, assujettie dans ses principes mêmes à une interprétation restrictive»<sup>6</sup>. Nous tâcherons de démontrer dans les lignes qui suivent à quoi tient cette disparité.

### 1. LES FAITS ET LA DECISION

Le 26 janvier 1989, Jean-Jacques Lemieux (ci-après Lemieux) confie à H. D'Amours et associés Inc. (ci-après D'Amours) le mandat de «vendre les actifs et/ou les actions de Lincora Métal Inc. et Compagnies affiliées»<sup>7</sup>. L'entente contient la convention d'arbitrage suivante:

«13 - Tout litige entre les parties découlant de la présente convention doit être réglé par arbitrage conformément aux dispositions du Code de procédure civile de la province de Québec. Les arbitres sont au nombre de trois. Chaque partie nomme un arbitre et ces arbitres nomment le troisième. Les frais reliés à l'arbitrage seront avancés pour la moitié par chaque partie et finalement payés

- 
1. Voir Louis BORGEAT et René DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, Québec, P.U.L., 1989; Yves OUELLETTE et Gilles PÉPIN, *Principes de contentieux administratif*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982; Patrice GARANT, *Droit administratif*, 2e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1985.
  2. Voir l'article 33 C.p.c.
  3. (1990) R.J.Q. 402.
  4. Il s'agit des articles 1926.1 à 1926.6 C.c.B.-C. et 940 à 951.2 C.p.c.
  5. Parmi les principaux intéressés, on compte l'Institut d'arbitrage du Québec et le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec (ci-après le C.A.C.N.I.Q.).
  6. John E.C. BRIERLEY, «La convention d'arbitrage en droit québécois interne», (1987) *C.P. du N.* 507-524.
  7. *Lincora Métal Inc. c. H. D'Amours et associés Inc.*, précité, 404.

par l'un ou l'autre conformément à la décision des arbitres. La sentence est finale et lie les parties»<sup>8</sup>.

Plus tard, prétendant avoir reçu une offre ferme d'achat, D'Amours réclame de Lemieux la somme de 150 000 \$. Ce dernier refuse alors de lui verser cette commission. Pour trancher le litige, les parties constituent un tribunal arbitral. Mais au moment où l'audition va débiter, Lemieux prétend avoir appris que D'Amours ne détient pas de permis de courtier en immeubles<sup>9</sup> ni de permis de courtier en valeurs mobilières<sup>10</sup>. Il voit dans ce manquement une contravention à l'ordre public qui rend le mandat nul *ab initio* et enlève, par conséquent, toute raison d'être à la juridiction arbitrale déjà formée:

«Les demandeurs plaident que cette question ne relève pas de la compétence des arbitres. Ils ne s'attaquent pas à leur juridiction, mais à leur existence même»<sup>11</sup>.

Lemieux institue donc une action en nullité de contrat en Cour supérieure assortie d'une demande de suspension de la procédure arbitrale<sup>12</sup>.

Le juge André Forget rejette la requête en sursis. Bien qu'il estime posséder le pouvoir d'ordonner la suspension des procédures, il opine que la situation de Lemieux ne rencontre pas les critères d'émission applicables en la matière.

## 2. COMMENTAIRES

### a) Les motifs de la décision

À cette étape du déroulement de l'arbitrage entre les parties, le juge Forget décrit comme suit le travail de la Cour:

«Si le Tribunal n'a pas à se prononcer sur la validité de la convention, il n'a pas, non plus, à décider si les arbitres ont juridiction pour le faire, puisqu'il est actuellement saisi d'une requête en sursis et non d'une requête en évocation»<sup>13</sup>.

---

8. *Ibid.*

9. *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., c. C-73.

10. *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1.

11. *Lincora Métal Inc. c. H. D'Amours et associés Inc.*, précité, 404.

12. Dans le résumé de l'arrêtiste, on a désigné cette demande par «requête visant à obtenir un ordre de surseoir aux procédures arbitrales», *id.*, 402.

13. *Id.*, 405.

Mais la Cour peut-elle ordonner un sursis des procédures arbitrales?  
Le magistrat répond en ces termes:

«Il n'est pas impensable d'imaginer que la Cour supérieure pourrait juger nécessaire une ordonnance de sursis dans une situation similaire, dans le but d'une saine administration de la justice et de l'intérêt des parties. Le Tribunal voit difficilement pour quelle raison il n'aurait pas juridiction. Évidemment, il va de soi qu'une telle ordonnance ne pourrait être rendue à l'encontre d'une disposition législative. En l'occurrence, le Tribunal estime qu'il n'existe pas une interdiction claire de prononcer un sursis, même si les nouvelles dispositions législatives semblent favoriser l'épuisement des procédures devant les arbitres, avant de recourir aux tribunaux de droit commun; mais cela va à l'opportunité d'accorder un sursis, et non à la juridiction de la Cour»<sup>14</sup>.

En l'espèce, il considère cependant inopportun d'ordonner un tel sursis en raison de l'absence d'«un préjudice irréparable, c'est-à-dire un préjudice qui n'est pas susceptible d'être compensé par des dommages et intérêts, ou qui peut difficilement l'être»<sup>15</sup>.

Ainsi, ce jugement énoncerait un principe et en laisserait sous-entendre un autre:

1° Un tribunal de droit commun<sup>16</sup> peut ordonner la suspension des procédures arbitrales lorsqu'une partie conteste la compétence de l'arbitre.

2° Un tribunal de droit commun peut se prononcer sur la compétence de l'arbitre par le biais d'une requête en évocation.

Adopter ces deux énoncés traduirait une perception erronée du message lancé par le législateur québécois. Selon nous, ils laissent présager un interventionnisme judiciaire qui heurte le régime établi pour régler les rapports entre les juridictions arbitrale et étatique. Mais pour bien saisir à quelle enseigne loge ce conflit, un regard sur la structure juridique mise en place et à l'intérieur de laquelle gravite le concept de compétence s'avère nécessaire. L'application des principes sous-jacents à ces composantes uniques à l'arbitrage aurait nié à Lemieux le droit d'obtenir d'un tribunal étatique la suspension des procédures arbitrales et

---

14. *Id.*, 407.

15. *Id.*, 407, 408.

16. Nous emploierons indistinctement les expressions «tribunal de droit commun», «tribunal étatique» et «juge».

éliminé la possibilité de recourir à l'évocation pour contrôler la décision d'un arbitre sur sa compétence.

### **b) La compétence arbitrale: sa structure juridique**

Au plan du droit judiciaire privé, on ne peut parler de compétence sans évoquer au passage la juridiction. Ces concepts entretiennent des liens étroits dont on empruntera à Glasson, Tissier et Morel leur description:

«La compétence d'un tribunal est la portion de juridiction confiée à ce tribunal. La juridiction étant le pouvoir de juger, la compétence de chaque tribunal est fixée par les limites apportées à sa juridiction; c'est sa juridiction telle qu'elle est limitée par la loi. (...) On dit qu'un tribunal est incompétent quand il s'agit de cas qui sont en dehors des limites de sa juridiction»<sup>17</sup>.

Bref, il y va de l'essence de toute juridiction de posséder une compétence et de pouvoir se prononcer sur elle. S'agit-il là d'éléments également inhérents à l'arbitrage? L'arbitre qui voit sa compétence telle que définie par la convention contestée, peut-il, tout comme le juge, trancher cette question? En France, ce problème a été abordé sous l'angle de la formule de «compétence de la compétence». Le professeur René David l'a décrit et circonscrit de cette façon:

«Le problème de la compétence de la compétence ne pose pas une question d'interprétation de la convention. Il est distinct de celui de l'autonomie de la clause compromissoire, avec lequel on est parfois tenté de le confondre. Il ne s'agit plus ici du problème de fond de savoir si la convention arbitrale est valable et à quels litiges elle s'applique. Le problème qui se pose est maintenant un problème de procédure: il s'agit de savoir si les arbitres eux-mêmes peuvent se prononcer sur des questions de cette nature, dont dépend leur compétence. Il est bien certain qu'ils vont les examiner, comme ils examineront la question de savoir si leur juridiction a été régulièrement constituée. Mais s'ils arrivent à la conclusion qu'ils sont compétents alors que le défendeur persiste à le contester, doivent-ils suspendre leur procédure en attendant que l'autorité judiciaire ait statué, ou peuvent-ils continuer à connaître du litige, au risque que finalement une décision judiciaire intervienne disant qu'ils ont eu tort»<sup>18</sup>?

---

17. Ernest GLASSON, Albert TISSIER et René MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e éd., t. 1, Paris, Sirey, 1925, p. 19. On comprendra qu'en ce qui concerne l'arbitrage, la juridiction de l'arbitre est définie par la convention des parties et non par la loi. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que cette dernière agit comme facteur limitatif. Voir, par exemple, l'article 1926.2 C.c.B.-C.

18. René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 396.

Examinons la solution retenue en droit québécois.

### **i) Adoption du principe de la compétence de la compétence**

À l'instar du courant juridique qui prévaut à l'heure actuelle dans plusieurs grands systèmes contemporains<sup>19</sup>, la loi québécoise intègre désormais le principe qui autorise l'arbitre à décider des contestations au sujet de sa compétence. L'article 943 C.p.c. dispose en effet que «[l]es arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence». Nous traiterons plus loin de la signification de cet article par rapport à l'institution de l'arbitrage<sup>20</sup>. Disons pour l'instant que cette règle n'est pas étrangère au reste des dispositions. Elle ressort plutôt comme le point culminant d'une reconnaissance législative de l'existence d'une véritable juridiction arbitrale.

### **ii) Une véritable juridiction arbitrale**

Cette reconnaissance s'exprime à travers divers articles du C.c.B.-C. et du C.p.c. Outre la présence du principe de la compétence de la compétence comme pierre angulaire, le législateur a défini de cette façon la convention d'arbitrage:

«un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux»<sup>21</sup>.

L'arbitre est donc investi, à l'image du juge, d'une mission d'adjudication entre des positions conflictuelles. L'exclusion des tribunaux étatiques de l'arène arbitrale implique leur désaisissement dans la mesure où ils sont:

«saisi[s] d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage»<sup>22</sup>.

---

19. *Id.*, p. 396 et suiv. Voir également, *Juris-Classeur de procédure civile*, «Arbitrage commercial international», vol. 8, fasc. 1052, par Philippe FOUCHARD, nos 26 et suiv.

20. *Infra.*, Section 2 b) iii).

21. Art. 1926.1 C.c.B.-C. (nos italiques)

22. Art. 940.1 C.p.c.



Cette incompétence relative<sup>23</sup> constitue, à notre avis, le corollaire de l'article 943 C.p.c.: la compétence de l'un entraîne nécessairement l'incompétence de l'autre.

D'autres indices contribuent à leur manière à renforcer l'idée de l'existence d'une véritable juridiction arbitrale. À titre d'exemple, l'article 944.1 C.p.c. prévoit que:

«Sous réserve des dispositions du présent titre, les arbitres procèdent à l'arbitrage suivant la procédure qu'ils déterminent. Ils ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur juridiction, y compris celui de nommer un expert».

De plus, ils

«peuvent d'office rectifier une erreur d'écriture ou de calcul ou quelque autre erreur matérielle contenue dans la sentence»<sup>24</sup>.

Cette dernière acquiert d'ailleurs l'autorité de la chose jugée dès qu'elle est rendue, avant même d'être homologuée<sup>25</sup>.

La consécration de la dimension juridictionnelle de l'arbitrage ne se réalise pas au détriment de son autre dimension, contractuelle celle-là. L'arbitrage naît d'une convention; c'est une vérité implacable qu'il faut respecter en laissant agir ses influences propres. Or, cette évidence est appelée à coexister avec une seconde qui requiert autant d'attention: l'assimilation de l'arbitre au juge, en ce sens que les deux tendent vers la même finalité, soit de rendre une décision qui lie les opposants. La nature juridique mixte ou hybride de l'institution procède de cette double perspective, contractuelle et juridictionnelle<sup>26</sup>.

Bref, le principe de la compétence de la compétence constitue le point central à partir duquel sont tracées les lignes directrices de la perspective

---

23. On parle d'incompétence relative et non absolue en ce sens que les parties peuvent renoncer à la convention d'arbitrage et confier plutôt la solution de leur litige au tribunal de droit commun. Pour un exemple d'application de l'article 940.1 C.p.c., voir *Peintures Larvin Inc. c. Mutuelle des fonctionnaires du Québec*, (1988) R.J.Q. 5. Voir aussi, André DORAIS, «L'arbitrage commercial - Développements législatifs», (1987) 47 *R. du B.* 273, 284.

24. Art. 945.5 C.p.c.

25. Art. 945.4 C.p.c.: «La sentence arbitrale, dès qu'elle est rendue, lie les parties. Une copie signée par les arbitres doit être remise sans délai à chacune des parties.»

26. Pour une discussion à ce sujet, voir Antoine KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage*, t. 1, «Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel», Paris, L.G.D.J., 1987.

juridictionnelle de l'arbitrage. Reste à en préciser davantage le sens et la portée.

### **iii) Sens et portée de l'article 943 C.p.c.**

L'article 943 C.p.c. peut se résumer en deux propositions. La première s'impose à la seule lecture de l'article tandis que la deuxième nécessite quelques développements.

#### **- L'arbitre peut décider si le litige dont il est saisi est couvert par la convention d'arbitrage**

L'arbitre possède ce pouvoir hors de tout doute. Le texte de la disposition autorise cet exercice qui s'inscrit dans la logique du cadre juridictionnel exposé précédemment.

#### **- L'arbitre peut se prononcer sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage**

Il s'agit ici d'une référence à la notion d'investiture, qui désigne cette facette de la convention d'arbitrage par laquelle les parties mettent l'arbitre en possession de ses pouvoirs. Elle se limite à ce rôle et n'évoque en rien l'étendue de ces pouvoirs. On peut utilement rappeler que l'argument de base de Lemieux au soutien de sa requête en sursis à l'effet que le tribunal arbitral n'a plus de raison d'être parce que le contrat de mandat serait atteint de nullité concerne justement cette notion<sup>27</sup>.

Il est vrai que l'entente par laquelle des parties décident de régler par l'arbitrage le sort d'un litige confère à cette juridiction éphémère aussi bien son existence que sa compétence. Sans convention d'arbitrage, c'est le néant. Et en présence d'une semblable entente, seuls les différends compris dans la sphère contentieuse telle que définie par les parties pourront être soumis à la décision d'un arbitre. Ce clivage entre l'élément créateur et l'élément extensif signifie-t-il qu'à partir du moment où l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage semble défaillante, l'arbitre doit éviter de se prononcer sur le problème et référer le tout au tribunal de droit commun? On aperçoit au simple coup d'oeil l'écueil sur lequel risque de s'abîmer l'arbitrage. Il suffira à une partie d'invoquer l'inexistence ou l'invalidité de la convention d'arbitrage pour paralyser les

---

27. *Lincora Métal Inc. c. H. D'Amours et associés Inc.*, précité, 404.

procédures, ou, plus globalement, afin de nier toute légitimité à l'arbitre. Cet unique danger d'obstruction systématique, susceptible de décourager à la longue le recours aux autres modes de règlement des différends, motiverait une réponse négative à la question posée<sup>28</sup>. Cependant, au-delà de la solution commandée par cet impératif purement pratique, deux arguments d'ordre théorique rendent injustifiable la séparation entre l'investiture et la compétence. Le premier s'adresse à la prétention suivant laquelle il serait incohérent de permettre à l'arbitre de statuer sur son investiture alors qu'il risque justement de décider qu'elle n'existe pas. Cette éventualité lui soustrairait ce pouvoir. Cette position ne tient pas dans la mesure où une convention est présumée valide jusqu'à ce qu'une intervention judiciaire<sup>29</sup> la déclare nulle. Ce n'est là qu'une simple application du principe voulant que les nullités ne s'opèrent pas de plein droit<sup>30</sup>.

Le deuxième argument repose sur un constat. L'arbitre débordant le cadre de son investiture et celui statuant en dépit de la nullité de la convention d'arbitrage posent chacun un geste aux conséquences identiques: ils ne sont plus investis. Motulsky en explique la raison:

«Ici, on ne le répétera jamais assez, la collation des pouvoirs juridictionnels est l'oeuvre de simples particuliers: les parties mêmes au contrat. Ces parties confèrent, à la fois et par le même acte, à la juridiction arbitraire [sic] son existence et sa compétence; l'arbitre n'étant un juge que dans la mesure où les parties l'ont bien voulu, dire qu'il n'est pas institué, ou dire qu'il n'est pas compétent, c'est exactement la même chose»<sup>31</sup>.

En somme, lorsque l'article 943 C.p.c. affirme que «[l]es arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence», cela veut dire qu'ils peuvent juger autant de l'étendue (voir la première proposition) que:

«de la validité de leur investiture car, les deux découlant du même acte, oeuvre des parties, on ne voit pas au nom de quel principe il serait permis de les traiter différemment»<sup>32</sup>.

---

28. Voir les remarques formulées à ce sujet en droit français dans *Juris-Classeur de procédure civile*, «Arbitrage», vol. 8, fasc. 1034, par Eric LOQUIN, nos 51 et suiv.; Jean ROBERT, *L'arbitrage - droit interne, droit international privé*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1983, nos 158 et suiv., p. 135 et suiv.; Henri MOTULSKY, *Ecrits*, t. 2, «Etudes et notes sur l'arbitrage», Paris, Dalloz, 1974, p. 189 et suiv.

29. Qu'elle provienne d'une juridiction arbitrale ou étatique.

30. Voir Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1989, no 308, p. 214.

31. H. MOTULSKY, *op. cit.*, note 28, p. 239.

32. *Id.*

Le raisonnement demeure inchangé si c'est l'existence ou la validité de la convention principale<sup>33</sup> qui est mise en doute. En raison de l'autonomie de la convention d'arbitrage, celle-ci conserve tout son effet dans le cas où le contrat principal s'avère nul. L'article 1926.5 C.c.B.-C. édicte ce principe<sup>34</sup>:

«Une convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat et la constatation de la nullité du contrat par les arbitres n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage».

Dans le même ordre d'idées, il est intéressant de constater que le pendant de la loi du Québec, le Code d'arbitrage commercial de la loi fédérale sur l'arbitrage commercial<sup>35</sup>, a réuni dans une seule disposition le contenu des articles 943 C.p.c. et 1926.5 C.c.B.-C. tout en étant un peu plus explicite:

«16(1): Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire»<sup>36</sup>.

---

33. Celle qui contient la convention d'arbitrage. Il demeure également le même lorsque la prétendue nullité de la convention principale ou de la convention d'arbitrage repose sur une contravention à l'ordre public.

34. Voir J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 6, 550.

35. *Loi concernant l'arbitrage commercial*, S.C. 1986, c. 22.

36. L'article 35 du Règlement général d'arbitrage commercial du C.A.C.N.I.Q. prévoit quant à lui ceci: «Le tribunal statue sur sa propre compétence, y compris sur toute question relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. La constatation éventuelle de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage.»

Même si le législateur québécois s'est inspiré des mêmes documents que son homologue fédéral<sup>37</sup>, il a pris soin de les adapter à la réalité civiliste du Québec. Ce souci explique la différenciation textuelle<sup>38</sup>.

Ainsi, le principe de la compétence de la compétence, intégré dans un ensemble juridictionnel autonome, appartient maintenant à notre droit. Sa signification et son domaine, capables d'amener l'arbitrage à maturité chez nous, habilitent l'arbitre à disposer des problèmes relatifs à sa compétence. Il apparaît alors inutile pour une partie de la contester à des fins dilatoires ou pour faire en sorte qu'un tribunal étatique en décide. Devant cette analyse, le raisonnement du demandeur à l'appui de sa requête pour sursis ne convainc pas. On l'a signalé, il serait trop facile de se rabattre sur une allégation de nullité de la convention principale ou de celle d'arbitrage pour mettre un frein à la procédure arbitrale. De plus, il est de l'essence même de la juridiction arbitrale de régler ce type de contestations.

Ayant à l'esprit la structure juridique de la compétence arbitrale, nous pouvons maintenant examiner la nature de l'interventionnisme des tribunaux étatiques à son égard. Le but ne consiste pas à refouler cette surveillance au-delà des limites où il serait impossible d'exercer toute forme de contrôle, mais bien d'aménager un régime qui soit respectueux des aspects fondamentaux de l'arbitrage et désireux de mettre en valeur les avantages que peut procurer l'institution à la justice en général<sup>39</sup>. Celui édicté par le *Code de procédure civile* adhère à cette ligne de pensée et il contribue à rectifier les principes issus du jugement de la Cour supérieure.

---

37. J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 6, 526, 527. Il s'agit de la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) (qu'on retrouve, accompagnée du Rapport de la Commission et du Commentaire analytique du projet de texte, dans (1986) 120 *Gaz. Can. I*, supplément) et de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, adoptée le 10 juin 1958 à New York par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international (qui figure à l'annexe de la *Loi sur les Conventions des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, S.C. 1986, c. 21).

38. Sur les styles français et anglais de rédaction législative, voir Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 6 et suiv.

39. Sur les avantages de l'arbitrage, voir Nabil ANTAKI, «L'arbitrage commercial: concept et définitions», (1987) *C.P. du N.* 485, 502 et suiv. Pour une discussion plus large sur les méthodes alternatives de règlement des conflits et leur rôle dans l'accès à la justice, le lecteur pourra consulter le texte de D. Paul EMOND, «Alternative Dispute Resolution: A Conceptual Overview», dans D. Paul EMOND (dir.) *Commercial Dispute Resolution: Alternatives to Litigation*, Aurora, Canada Law Book, 1989, p. 1.

**c) Examen du régime établi pour régler les rapports entre les juridictions arbitrale et étatique**

**i) Droit prioritaire à l'arbitre de se prononcer sur sa compétence**

Le pouvoir d'un arbitre de décider de sa propre compétence, que certains ont décrit comme «a broad, almost "boot-strap" power»<sup>40</sup>, signifie qu'il:

«... incombe initialement et essentiellement au tribunal arbitral lui-même de déterminer s'il est compétent, sous réserve du contrôle ultime exercé par l'instance judiciaire»<sup>41</sup>.

Deux motifs supportent cette assertion. D'une part, le principe du pouvoir complémentaire exprimé à l'article 57 de la *Loi d'interprétation*<sup>42</sup>:

«L'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin.»

C'est ce qui permet à une juridiction de se prononcer *proprio motu* sur les questions de compétence. D'autre part, le respect de l'économie de l'arbitrage, fondée sur l'efficacité, l'expertise, etc., qui rendrait illogique le fait de confier la solution de ces problèmes à d'autres instances<sup>43</sup>.

Il reste qu'en raison du caractère contractuel de l'arbitrage, les parties peuvent renoncer à utiliser ce moyen de solutionner leur différend. Une des façons d'amorcer un processus de renonciation consiste à saisir un tribunal étatique malgré l'existence d'une convention d'arbitrage. À partir

---

40. Stewart BAKER et Mark DAVIS, «Arbitral Proceedings Under the UNCITRAL Rules - The Experience of the IRAN - U.S. Claims Tribunal», (1989) 23 *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.*, 267, 299.

41. Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international, (1986) 120 *Gaz.Can.I.*, supplément, p. 130. Sur le recours à ce document comme guide d'interprétation, voir Nabil ANTAKI, *loc. cit.*, note 39, 501 et suiv.

42. L.R.Q., c. I-16.

43. Ces préoccupations sont également présentes en droit administratif, tel que le démontre l'extrait suivant de la décision du juge Gonthier dans *Pigeon c. Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec*, (1976) C.S. 21, à la page 24: «Il est de bonne économie dans l'administration de la justice qu'un Tribunal inférieur et en particulier un Tribunal administratif puisse disposer des affaires dont il a la responsabilité y compris les questions préliminaires de juridiction sous réserve de la possibilité d'évocation *in limine*. Autrement il faudrait avoir recours aux Tribunaux supérieurs pour définir les limites de la juridiction dans tous les cas alors même que le litige pourrait se résoudre autrement au niveau du Tribunal administratif».

de ce moment, l'article 940.1 C.p.c. entre en jeu<sup>44</sup>. Dans le cas où l'autre partie impliquée s'abstient de demander le renvoi à l'arbitrage avant que la cause ne soit inscrite<sup>45</sup>, le tribunal de droit commun acquiert compétence sur le litige<sup>46</sup>. Si au contraire, une demande de renvoi est présentée, il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité pour le juge d'examiner la question de la compétence de l'arbitre avant de lui référer le dossier. L'affaire se complique tout particulièrement lorsque la convention d'arbitrage n'accorde pas aux arbitres compétence pour juger de l'ensemble des litiges pouvant découler d'une relation juridique donnée. À ce sujet, la position qui se concilie le mieux avec les propos formulés jusqu'ici est celle dont fait état la Cour supérieure dans *Prévost Silk Screen Inc. c. Produits Franco Inc.*:

«S'il s'agit là d'une clause compromissoire valide, non seulement la Cour n'a pas à se prononcer sur la nature du document qui fait l'objet du litige ou sur le bien-fondé des dommages réclamés, *mais encore elle ne peut décider si la dispute entre les parties se situe à l'intérieur de la juridiction attribuée à l'arbitre*»<sup>47</sup>.

Ce point de vue a été récemment repris par le juge Claude Benoit du même Tribunal:

«Par ailleurs, le Tribunal considère que, s'il s'agissait d'une convention d'arbitrage, il appartiendrait à l'arbitre de décider si les deux évaluations antérieures étaient des évaluations «of the land», *si le différend est couvert par la convention d'arbitrage (sujet à appel)*, et, dans l'affirmative, il lui appartiendrait de fixer la valeur finale»<sup>48</sup>.

44. L'article 940.1 C.p.c.: «Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention. La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue tant que le tribunal n'a pas statué.»

45. Dans *Peintures Larvin Inc. c. Mutuelle des fonctionnaires du Québec*, précité, note 23, 7, le juge Tyndale mentionne que «c'est l'inscription pour enquête et audition après contestation qui démarque la *litis contestatio*, la contestation liée, le point de non-retour; après cela, point de demande de renvoi».

46. *A contrario*, une partie doit requérir le renvoi à l'arbitrage pour que l'incompétence du juge se manifeste. C'est en ce sens qu'on la dit relative. Voir, *supra*, note 23.

47. J.E. 80-298 (C.S.), p. 2, 3 (nos italiques).

48. *Prodevco Immobilière Inc. c. Nerenberg*, (1990) R.J.Q. (C.S.) 1417, 1426 (nos italiques) (en appel). Le professeur Brierley semble du même avis: «La logique de l'arbitrage, en sa qualité de juridiction reconnue par la loi, veut que le tribunal étatique ne s'arrête pas à la question de la compétence des arbitres au moment d'une décision du tribunal qui porte sur la question du renvoi.» John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 6, 567. Voir aussi Jacques BEGUIN, *L'arbitrage commercial international*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1987, p. 183, commentant l'article 8 de la loi type, similaire à l'article 940.1 C.p.c.: «L'effet majeur de la

Par cette attitude, on donne plein effet à la convention d'arbitrage et au principe de la compétence de la compétence. La règle n'a cependant pas à être appliquée aveuglément. On peut, sans porter atteinte à l'intégrité de la juridiction arbitrale, admettre que dans les situations où il est manifeste que le différend n'entre pas dans la définition de l'objet du litige déterminé par les parties, le juge puisse rejeter la demande de renvoi<sup>49</sup>. C'est là une affaire de bon sens. Mise à part cette exception, les tribunaux de droit commun se retrouvent confinés à n'intervenir qu'en dernier ressort et à certaines conditions.

## ii) Rôle des tribunaux de droit commun

L'arbitrage n'est pas totalement isolé des tribunaux de droit commun. Comme partout ailleurs, il revient à ces derniers de sanctionner l'illégalité. En l'occurrence, leur contrôle peut s'opérer de plus d'une façon. À vrai dire, tout dépend du moment où l'arbitre rend sa décision

---

convention d'arbitrage est le suivant: aucun plaideur ne peut saisir une justice d'État. C'est souvent de cette façon que se nouent les discussions à propos de l'arbitrage. Mais la règle est formelle. *Au vu de la convention d'arbitrage, tout juge d'État doit se déclarer incompétent.* La convention d'arbitrage aiguille le procès vers l'arbitrage. L'aiguillage vers la juridiction d'État est fermé» (nos italiques) Voir aussi *Immeubles Ahuntsic c. Patry*, J.E. 87-886 (C.S.) et *A. Bianchi S.R.L. c. Bilumen Lighting Ltd* (1990) R.J.Q. 1681 (C.S.), tout spécialement à la page 1686 où la Cour renvoie l'affaire en soulignant «que la convention d'arbitrage a été insérée dans un contrat rédigé en italien. Soit dit avec respect pour l'interprète, il n'est pas exclu que sa traduction rende ou omette même de rendre ou de refléter certaines subtilités ou nuances que les arbitres pourraient comprendre et interpréter de façon tout à fait différente en considérant le texte italien. A titre d'exemple seulement, je souligne que l'expression "le jugement doit être accepté par les parties contractantes comme si de leur propre gré" (clause no. 45c) n'est pas d'utilisation ou d'application commerciale courante au Québec, alors que l'expression italienne correspondante peut avoir une portée ou une connotation tout à fait différente et même significative pour l'arbitre de Milan...» Notons qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 940.1 C.p.c., le juge doit renvoyer l'affaire que la procédure arbitrale soit commencée ou non. Il n'est donc pas possible pour une partie de saisir un tribunal étatique à des fins dilatoires. Par contre, le juge est admis à vérifier la validité de la convention d'arbitrage lors de la demande de renvoi. On évite ainsi de reporter inutilement le problème au moment de l'homologation ou de forcer une demande d'annulation.

49. Cette remarque rejoint l'opinion de Albert Jan van den Berg à l'effet que les tribunaux étatiques devraient être enclins «to refer quickly parties to arbitration if the court is *prima facie* satisfied that the dispute comes within the scope of the arbitration clause. The question regarding the scope can then be decided by the arbitrators themselves, subject to a possible control by the courts after the award is made. It is, in my opinion, preferable that questions regarding the scope of the arbitration clause are dealt with by the courts after the award is made in a setting aside action of enforcement of a foreign award action. (...). At that stage, a respondent will usually be less inclined to raise unmerited objections to the scope of the arbitration clause in particular and the arbitration in general,» dans Pieter Sanders (dir.) INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Yearbook: Commercial Arbitration*, vol. X, Deventer, Netherlands, Kluwer, 1985, p. 353, 354.



concernant sa compétence<sup>50</sup>. Il peut choisir de traiter la question dès qu'elle est soulevée<sup>51</sup> et en disposer dans une sentence interlocutoire ou régler dans la même sentence le problème de compétence et le fond du litige<sup>52</sup>.

- 
50. L'arbitre possède-t-il le pouvoir de prononcer d'office son incompétence? La réponse est affirmative dans la mesure où «le différend port[e] sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les questions qui concernent l'ordre public» tel que le déclare l'article 1926.2 C.c.B.-C. Tout comme le juge, l'arbitre doit veiller à sanctionner et non pas à participer à la violation de l'ordre public de direction. Voir à cet effet, *Guertin Ltée c. Chamberland Co.*, (1971) R.C.S. 385. La solution diffère lorsque se pose une question d'étendue de compétence. Rien n'interdit alors que les parties élargissent, pendant la procédure arbitrale, la compétence de l'arbitre. Cette faculté provient de la nature contractuelle de l'arbitrage qui signifie qu'à défaut d'objection manifestée en temps opportun concernant cette extension, on peut conclure qu'il y a consentement de part et d'autre à la création d'une nouvelle convention d'arbitrage. L'arbitre n'est pas fondé, à ce moment, à rejeter d'office cette autre portion de compétence.
51. On peut se demander à quel moment une partie qui désire contester la compétence de l'arbitre doit soulever l'exception d'incompétence. La loi ne donnant pas de réponse toute prête à cette interrogation, tout dépend du motif à la base de l'utilisation de ce moyen. Si celui-ci repose sur l'inarbitrabilité du litige, l'exception pourra être soulevée jusqu'au prononcé de la sentence. L'article 946.5 C.p.c. prévoit en effet que le «tribunal ne peut refuser d'office l'homologation que s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ...». Dans ce cas, obliger une partie qui voudrait contester la compétence de l'arbitre à le faire avant de plaider au fond serait illogique. Quelle que soit l'attitude des parties pendant la procédure, le juge devra refuser d'homologuer la sentence. Le principe posé par l'article ne tolère aucune dérogation puisqu'il est sous l'emprise de la déclaration d'ordre public de l'article 940 C.p.c. On réalise qu'il est somme toute préférable de se retrouver avec une incompétence constatée tardivement (même si cela est le résultat de manoeuvres dilatoires) qu'avec une sentence arbitrale attaquée encore plus loin dans le temps, c'est-à-dire lors de l'homologation ou de l'annulation. Voir les articles 946.4 et 947.2 C.p.c. Si le motif découle d'autre chose que l'inarbitrabilité du litige, il semble raisonnable d'exiger que l'exception soit utilisée *in limine litis*. Autrement, l'arbitre sera admis à déduire du comportement des parties la confirmation du vice affectant sa compétence. Cette solution ne va pas à l'encontre de l'article 1926.3 C.c.B.-C. qui exige que la convention d'arbitrage soit constatée par écrit puisqu'il ne s'agit là que d'une condition de preuve et non d'une condition de validité de la convention d'arbitrage. Mais il faut par ailleurs se garder d'attribuer un caractère absolu à cette règle, de manière à permettre à l'arbitre d'apprécier chaque cas à son mérite. C'est là une conséquence de la flexibilité caractéristique de l'arbitrage. Pour fins de comparaison, voir l'article 16(2) du Code d'arbitrage commercial de la loi fédérale et l'article 36 alinéa 1 du Règlement général d'arbitrage commercial du C.A.C.N.I.Q.
52. Il demeure cependant souhaitable, d'un point de vue pratique, de régler les contestations de ce genre le plus rapidement possible. C'est dans cet esprit que le deuxième alinéa de l'article 36 du Règlement du C.A.C.N.I.Q. stipule: «Le tribunal arbitral, règle générale, statue sur l'exception d'incompétence dès qu'elle est soulevée. Il peut, toutefois, décider de poursuivre l'arbitrage et statuer sur cette exception dans la sentence définitive.»

**- Cas où l'arbitre statue sur sa compétence et le fond du litige dans une seule sentence**

Deux procédures peuvent être utilisées dans cette hypothèse: l'homologation, procédé indirect, et l'annulation, procédé direct<sup>53</sup>. L'article 946.4 C.p.c. prévoit expressément que le juge peut refuser d'homologuer la sentence pour les motifs prévus aux paragraphes 2 et 4<sup>54</sup>. Il est impossible d'agir autrement que par le biais de ces deux moyens car l'arbitre perd tout pouvoir juridictionnel du moment qu'il a tranché le litige<sup>55</sup>. Une partie sera cependant empêchée de recourir à ces procédures si elle a expressément ou implicitement accepté la juridiction de l'arbitre<sup>56</sup>.

**- Cas où l'arbitre statue sur sa compétence dans une sentence interlocutoire**

Ce cas est intéressant dans la mesure où il fait ressortir que le principe de la compétence de la compétence n'est potentiellement pas dépourvu de tout inconvénient. Pour faire contrepoids aux facteurs qui militent en sa faveur, René David écrivait:

«Des raisons de poids pourtant peuvent être invoquées à l'encontre de cette solution. Est-ce la peine de continuer la procédure de l'arbitrage, avec tous les frais qu'elle comporte, si elle doit aboutir à une sentence qui ne sera pas reconnue valable par les tribunaux? Et quelle attitude surtout va être celle de la partie qui conteste la compétence du tribunal arbitral, à supposer que celui-ci ne fasse pas droit à son objection? Si elle participe à la procédure de l'arbitrage, on risque de voir dans ce comportement un acquiescement à la décision des arbitres, quelques réserves qu'elle ait pu faire; si elle s'abstient d'y participer d'autre part, l'affaire sera instruite dans de mauvaises conditions»<sup>57</sup>.

---

53. On parle de procédé indirect pour caractériser l'homologation puisque l'excès de compétence sera soulevé en défense à l'occasion de la présentation de la requête. Le caractère direct de l'annulation vient du fait qu'une partie se portera demanderesse pour faire état du défaut de compétence.

54. Ces paragraphes prévoient ceci: «2° que la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du Québec; 4° que la sentence porte sur un différend non visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrant pas dans ses prévisions, ou qu'elle contient des décisions qui en dépassent les termes». Ils s'appliquent également à la demande d'annulation en vertu de l'article 947.2 C.p.c.

55. Sauf certaines exceptions, prévues notamment aux articles 945.5 et 945.6 C.p.c.

56. *Supra*, note 50.

57. R. DAVID, *op. cit.*, note 18, p. 397.

L'auteur poursuit en déclarant que l'élément déterminant pourrait être la possibilité d'obtenir rapidement du tribunal étatique une décision, une sorte d'appel du jugement de l'arbitre. Le législateur québécois a fait sienne cette façon de voir. L'article 943.1 C.p.c. stipule en effet que:

«Si les arbitres se déclarent compétents pendant la procédure arbitrale, une partie peut, dans les 30 jours après en avoir été avisée, demander au tribunal de se prononcer à ce sujet»<sup>58</sup>.

Et afin de décourager l'emploi de cet appel à des fins dilatoires, le deuxième alinéa du même article prévoit ceci:

«Tant que le tribunal n'a pas statué, les arbitres peuvent poursuivre la procédure arbitrale et rendre sentence.»

Au surplus, cette décision du tribunal ne pourra faire l'objet de contestations judiciaires ultérieures. Elle est finale et sans appel<sup>59</sup>.

Une caractéristique importante se greffe aux trois recours que nous venons d'exposer brièvement. L'homologation, l'annulation et l'appel constituent des moyens exclusifs.

### iii) L'article 940.3 C.p.c.

Cette disposition représente l'ultime manifestation du législateur québécois d'accorder une reconnaissance pleine et entière à l'arbitrage. Elle stipule que:

«Pour toutes les questions régies par le présent titre, un juge ou le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où ce titre le prévoit.»

Le but poursuivi est d'indiquer clairement les situations où un tribunal étatique pourra intervenir. Cette liste exhaustive procure une sécurité à la fois aux parties impliquées et aux arbitres. Chacun sait à l'avance à quoi s'en tenir. Elle exclut par le fait même tout pouvoir général ou résiduel appartenant aux cours de justice et dont les parties pourraient

---

58. L'expression «pendant la procédure arbitrale» vise simplement à départager les recours dont dispose une partie qui désire contester la décision de l'arbitre sur sa compétence. Si celle-ci intervient pendant la procédure arbitrale, elle devra utiliser le moyen prévu à l'article 943.1 C.p.c. Sinon, elle devra se tourner vers l'homologation ou l'annulation. Voir *supra*, Section 2 c) ii).

59. Article 943.2 C.p.c.

ignorer l'existence. Cette élimination ne doit pas se révéler suspecte ou véhiculer une connotation péjorative aux yeux de l'interprète. Son entière lecture le rassurera quant à la plénitude de la loi: les mécanismes de protection des droits des justiciables existent là où il le faut et leur fonctionnement tient compte de la spécificité de l'arbitrage. Mais s'il appartient au légis-lateur de mentionner chaque cas d'intervention, il demeure que cette limitation s'applique seulement aux «questions régies par le présent titre», expressément ou implicitement. Cela fait dire à Dore que:

«Courts could, therefore, intervene or assist in areas not governed by the model law, such as: capacity to enter into the arbitration agreement, state immunity, competence of the tribunal to adapt contracts, enforcement by a courts of interim measures, fixing of fees and deposits, and timelimits for enforcement of awards»<sup>60</sup>.

#### **d) Observations**

Au terme de cette analyse, qu'en est-il des principes qui se dégageraient du jugement de la Cour supérieure? Rappelons-en d'abord la teneur:

1° Un tribunal de droit commun peut ordonner la suspension des procédures arbitrales lorsqu'une partie conteste la compétence de l'arbitre.

2° Un tribunal de droit commun peut se prononcer sur la compétence de l'arbitre par le biais d'une requête en évocation.

Compte tenu que le déroulement de l'arbitrage est placé sous la seule responsabilité de l'arbitre<sup>61</sup> dont on connaît maintenant l'amplitude ou l'étendue de la compétence, une solution s'impose quant au premier. Une partie ne peut obtenir d'un tribunal de droit commun qu'il suspende la procédure arbitrale pour un problème de compétence. Si suspension il y a, elle sera le résultat de la décision de l'arbitre et non du juge<sup>62</sup>. La loi lui accorde précisément ce pouvoir parce qu'il se présente, vu ses contacts avec les parties et sa connaissance du dossier, comme la personne la

---

60. Isaak I. DORE, *Arbitration and Conciliation Under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 99.

61. Article 944 C.p.c.

62. Les alinéas deuxième des articles 940.1 C.p.c. et 943.1 C.p.c. prévoient effectivement que la question n'est susceptible d'être tranchée que par l'arbitre.

mieux placée pour savoir s'il vaut mieux poursuivre ou cesser le cours de l'arbitrage. Le second principe doit également être écarté. L'exclusivité des moyens de contrôle ne tolère pas la présence de l'évocation. D'ailleurs, ce recours était déjà exclu comme moyen de vérification de la légalité d'une sentence arbitrale avant l'adoption des nouvelles dispositions<sup>63</sup>.

Ce rejet de l'opinion du juge Forget nous ramène à deux constatations qui résument la présente analyse:

- **Le législateur québécois reconnaît l'existence d'une véritable juridiction arbitrale**

Cette reconnaissance découle d'une série de pouvoirs octroyés à l'arbitre: juge de sa compétence, maître de la procédure arbitrale, pouvoir de régler des points importants même une fois la sentence finale rendue, etc.<sup>64</sup> L'amalgame de ces attributions conduit à admettre que l'arbitre jouit d'un pouvoir juridictionnel aussi intense que celui du juge.

- **Les tribunaux étatiques sont appelés à collaborer au plein épanouissement du pouvoir arbitral**

La loi n'admet l'intervention des tribunaux de droit commun qu'aux endroits stratégiques<sup>65</sup>, toujours afin de faciliter la bonne marche de la procédure arbitrale et non pour récupérer le litige dans son giron. C'est que l'arbitrage constitue une institution autonome, qui s'autosuffit sur le plan juridictionnel. Ses caractéristiques fondamentales rendaient nécessaire cette intégration inédite à l'organisation judiciaire étatique<sup>66</sup>.

## CONCLUSION

En introduction, nous avons référé à un propos du professeur Brierley relativement au nouveau statut de l'arbitrage<sup>67</sup>. Ce dernier avait déjà eu l'occasion d'exprimer ailleurs une opinion au même effet:

---

63. *Tuyaux Atlas, une division de Atlas Turner Inc. c. Savard*, (1985) 3 R.D.J. 556 (CA); Denis FERLAND, «Le recours en évocation est-il recevable pour contrôler la légalité d'une sentence d'un arbitre consensuel?», (1986) 46 R. du B. 278.

64. *Supra*, Sections 2 b) et suiv.

65. Les cas d'intervention sont prévus aux articles suivants du *Code de procédure civile*: 940.1, 940.4, 941.1, 941.2, 942.4 à 942.6, 943.1, 945.7, 946.1, 946.3, 947.1, 949.1.

66. *Supra*, note 39.

67. *Supra*, introduction.

«... il n'y a plus de raison de voir la convention d'arbitrage comme une convention de nature exceptionnelle, dérogoire aux principes généraux et, dès lors, assujettie au régime de l'interprétation restrictive»<sup>68</sup>.

Si cette base d'interprétation s'impose à l'examen du C.c.B.-C. et du C.p.c. il demeure qu'une autre mérite tout autant de considération: le particularisme de l'institution. Cette caractéristique commande d'éviter de transposer à l'arbitrage des règles qui ne lui conviennent pas, c'est-à-dire qui finissent par jeter de l'ombre sur ses avantages indéniables comme mode de règlement des conflits plutôt que de les mettre en lumière. C'est du reste le principal reproche que nous adressons à la décision de la Cour supérieure qui nous amène à rappeler la nature de l'enjeu actuel:

«L'arbitrage ne peut avoir une force suffisante pour constituer un mode efficient de règlement des litiges que si les systèmes juridiques étatiques lui accordent cette force»<sup>69</sup>.

---

68. John E.C. BRIERLEY, «Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage», (1987) 47 *R. du B.* 259, 263.

69. Jacques BÉGUIN, «Le droit français de l'arbitrage international et la Convention de New York du 10 juin 1958», dans Nabil ANTAKI et Alain PRUJINER (dir), *L'arbitrage commercial international, Actes du 1er colloque*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, 224. Un autre passage de la décision, *supra*, note 3, 407, illustre bien cette transposition inappropriée: «Toutes ces dispositions incitent le Tribunal à conclure que, dans la mesure du possible, les procédures doivent être épuisées devant le conseil d'arbitrage avant de recourir aux tribunaux de droit commun. Il y a donc lieu d'appliquer à l'arbitrage régi par le *Code de procédure civile* les principes dégagés par la jurisprudence en matière d'arbitrage de grief, bien que celui-ci soit à la fois conventionnel et statutaire».

En l'espèce, cette efficacité ne saurait s'accommoder de procédures comme le sursis et l'évocation<sup>70</sup>.

---

70. À l'inverse, lorsque les règles de droit commun peuvent s'adapter à l'arbitrage, il y a tout lieu de les appliquer. Pour un bon exemple, voir *Renwick of Canada inc. c. Investissements Admasa Inc.*, (1990) R.J.Q. 1353, 1358: «Comme on le voit, les arbitres ont douté de leur pouvoir d'accorder l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1078.1 C.c. parce que cet article traite de jugement accordant un montant. Ils l'ont accordée en considérant que le montant fixé par eux est un montant accordé par jugement vu qu'il acquiert la force exécutoire d'un jugement par l'homologation. À mon avis, les arbitres ont raison. Si les arbitres ne peuvent accorder l'intérêt légal ni l'indemnité additionnelle, il faudrait conclure que le législateur a fait de l'arbitrage un moyen illusoire de résoudre les conflits autrement que par le recours aux tribunaux. Quel créancier consentirait à l'avance à perdre le fruit du capital auquel il avait droit?» (en appel).

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** « DES INSTITUTIONS - BRANCHES ET SOURCES DU DROIT »

**Auteur(s) :** Marlène MALTAIS

**Revue :** *RDUS*, 1990-1991, volume 21, numéro 1

**Pages :** **329-332**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/13440>



*Page vide laissée intentionnellement.*

## **«DES INSTITUTIONS - BRANCHES ET SOURCES DU DROIT»\***

par Marlène MALTAIS\*\*

Voici l'ouvrage et outil qui manquait à tout novice désirant s'initier de la bonne façon au droit. Cet ouvrage se démarque nettement des usuels photocopiés truffés de phrases célèbres de juristes de même qualité, photocopiés dont l'ordre des extraits pourrait aussi être critiqué. Mais il s'agissait alors de la nécessité de «quelque nourriture» pour le fameux cours d'Introduction au droit. Ce fameux cours, ou encore cette «mission impossible» comme aime à le souligner les auteurs<sup>1</sup>, trouve ses lettres de noblesse avec l'ouvrage signé par le professeur Maurice Tancelin, responsable du contenu juridique et par Danielle Shelton, technologue en éducation, responsable du volet pédagogique du volume.

Si le néophyte peut maintenant s'y retrouver dans le complexe monde juridique, le praticien d'expérience, souvent moulé de la science du droit positif, trouve aussi à apprendre, ou à redécouvrir, ne serait-ce les quelques particularités de la culture juridique lui ayant échappé. Comme quoi il est toujours bon de revenir aux sources, aux fondements de ce monde du droit.

Dès la table des matières l'ouvrage s'annonce fort articulé. Cette table avec ses choix discutés par les auteurs<sup>2</sup>, nous initie au cheminement prévu pour le lecteur. Les auteurs débutent par la nécessaire définition du droit, qui couvre une bonne dizaine de pages et laisse transparaître la difficulté de «nommer» le droit puisque, selon les auteurs, cela revient à une affaire d'opinion, n'y ayant pas qu'une seule et unique conception du droit. Ils poursuivent par les questions: Qui? Quoi? Comment? et Pourquoi?

A la première des questions: Qui? Les institutions, les auteurs présentent une première réponse, celle de l'histoire du droit. Ils nous ramènent jusqu'à l'Empire romain et les prémisses hellénistes, initiateurs du droit pour l'Occident. Ils passent par l'inévitable droit canonique avant d'analyser le droit français et le droit anglais. Ces études débouchent sur le droit québécois et les auteurs entre autres que l'histoire du droit québécois

---

\*. Maurice TANCELIN et Danielle SHELTON, Des institutions - Branches et sources du droit, Montréal, Les Editions Adage inc., 1989, 298 p.

\*\*.

Graduée de la Faculté de droit, Université Laval (LL.D.).

1. p. 9.

2. p. 23.

porte essentiellement sur des aspects juridiques de l'histoire du Québec<sup>3</sup>. Suit la deuxième préoccupation des auteurs: Quoi? Les branches du droit, ces dernières traitées selon cinq axes<sup>4</sup> et de manière métaphorique grâce à l'image de l'arbre<sup>5</sup>. A la troisième analyse ou Comment? Les sources formelles du droit<sup>6</sup>, les auteurs rappellent l'équation de ces sources avec le droit positif en spécifiant qu'il ne s'agit pas de définir les sources formelles par le biais des sources matérielles puisque ces deux expressions ne sont pas de même niveau<sup>7</sup>. Enfin, ils divisent les sources formelles comme suit: loi, jurisprudence, doctrine, coutume; de ces quatre éléments fondamentaux les auteurs suggèrent un tableau circulaire<sup>8</sup> afin de bien montrer l'interaction constante des sources. Pour définir la loi, ils procèdent par descriptions en vertu de la nature et du type de loi, puis de règlement<sup>9</sup>. Les auteurs considèrent fondamentale la distinction entre le sens large et le sens étroit du principe de légalité: c'est sur cette distinction que se vérifie la multiplicité des opinions en droit<sup>10</sup>. Pour ce qui touche l'élaboration de la loi, le propos des auteurs devient plus technique<sup>11</sup>. Par exemple, les deux paliers législatifs sont étudiés: le provincial et le fédéral avec leurs similitudes et leurs différences. Les auteurs rappellent les techniques de mise en vigueur des lois<sup>12</sup> et des règlements<sup>13</sup>, et multiplient les exemples. Enfin, en ce qui concerne l'utilisation de cette loi, ils précisent quelques références juridiques indispensables à tout juriste et plus qu'importants pour le nouveau venu. A la dernière question: Pourquoi?, les auteurs tentent de faire la synthèse des développements précédents en parlant des sources matérielles du droit en tant qu'ensemble des conceptions de tous ordres animant les institutions juridiques<sup>14</sup>. Les éléments suivants sont discutés: histoire, anthropologie, sociologie et linguistique. C'est sur ce dernier domaine que les auteurs concluent. Selon eux les théories linguistiques ont une importance indéniable pour la problématique de la formalisation du langage juridique, et tout particulièrement en informatique. Cette dernière avenue demeure encore sommairement étudiée au Québec.

- 
3. p. 27.
  4. p. 65.
  5. p. 65.
  6. p. 83.
  7. p. 67.
  8. p. 21.
  9. p. 85.
  10. p. 88.
  11. p. 101.
  12. p. 105.
  13. p. 109.
  14. p. 191.

Pour résumer la première partie de cet ouvrage, il y a lieu de dire que celle-ci ouvre, principalement par la pertinence des notes et renvois, sur d'autres lectures juridiques et sur des sentiers nouveaux.

La deuxième partie de l'ouvrage consiste en une série de questions et exercices suivant scrupuleusement le plan proposé à la première partie. Quant à la troisième et dernière partie de l'ouvrage, elle contient divers textes choisis dont ceux de Saleilles, Kant, Portalis, l'*Acte de Québec* et ainsi de suite. Ces textes ont l'heureuse particularité d'être des renvois aux pages pertinentes de la première partie.

En plus de devenir l'outil pédagogique par excellence pour des étudiants en première année du baccalauréat en droit - ce qui est déjà beaucoup - cet ouvrage possède aussi, par son style comme par son riche contenu, valeur de réflexion sur le droit, réflexion qui peut être faite à n'importe quel moment dans la carrière du juriste. Sur ce point les auteurs peuvent d'ores et déjà penser à parfaire ce premier travail, l'étoffer davantage afin qu'il tienne plus du traité que du simple manuel à usage scolaire.

Quant au contenu juridique de l'ouvrage, on peut dire que le professeur Tancelin ne semble pas appartenir à une école de pensée juridique particulière. Il aborde le droit d'une manière critique et historique et se rallie plus à l'épistémologue qu'anti-positiviste, dernier cas qui laisserait croire qu'il prône quelque théorie dite naturelle du droit. Des nuances s'imposent avant de coller quelque étiquette voire imposer l'assignation à une école spécifique. Et si les auteurs avouent privilégier à certains moments la méthode historique, ils rappellent: «Nous avons choisi d'aborder le droit par son histoire. Cette façon de faire n'est pas toujours suivie. Nous l'avons adoptée comme un moyen terme entre les conceptions actuelles du droit que l'on peut ramener à deux courants essentiels: le courant moniste et le courant pluraliste»<sup>15</sup>. Les auteurs conçoivent le courant moniste comme celui qui «envisage la société comme un ordre homogène», et le courant pluraliste comme celui qui rejette «l'idée de société globale» et reconnaît l'existence de «sociétés distinctes». A ce propos ils notent que cette expression est encore débattue au pays avec le déjà célèbre *Accord du Lac Meech*<sup>16</sup>.

---

15. p. 51.

16. p. 52, note 1.

A mon avis c'est bien d'épistémologique qu'il faut qualifier la démarche des auteurs, dans le sens strict de l'étude critique des sciences, et de la formation et des conditions de la connaissance scientifique. Et si le professeur Tancelin s'intéresse au droit positif, il demeure tout aussi soucieux du droit naturel, ce dernier en tant qu'opposé et distinct du positivisme. En fait, monsieur Tancelin devient le critique des deux positions juridiques: droit naturel, droit positif. Les auteurs ramènent à leur juste place, grâce à l'outil historique, ces deux conceptions avec leurs conséquences pratiques sur le droit qui se vit quotidiennement; enfin ils n'oublient pas la souveraine référence au langage<sup>17</sup>. Pour bien faire comprendre leur position, les auteurs soulignent que les expressions sources formelles et sources matérielles sont des instruments purement didactiques alors que le droit positif et le droit naturel sont des catégories du savoir juridique et philosophique<sup>18</sup>.

En résumé, si les auteurs débutent leur propos en disant que la leçon inaugurale d'un cours de droit ressemble à une mission impossible<sup>19</sup>, il est cependant possible d'affirmer, après la lecture de cet ouvrage, que la mission, aussi impossible qu'elle ait pu paraître, a bel et bien été remplie. L'étudiant ayant en main cet outil pédagogique pour ses premières leçons juridiques, possède du même coup le livre de base contenant assez de références fondamentales pour continuer sa réflexion sur le droit.

---

17. Voir R.A. McDonald, *Chronique bibliographique, The Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada*, by F.P. Walton, with an Introduction by Maurice Tancelin, Toronto, Butterworth's, 1980, (1981) 59 R. du B. c., p. 214-220: «In the absence of wide spread adherence to a theory of meaning and language which explains law in terms other than those involving the logical fallacy of affirming the consequence, the comprehensive legal theory sought by Professor Tancelin will never be fully achieved».

18. p. 67.

19. p. 9.